Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Eilften Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1809.

Lib. XI. Tit. I.

De interrogationibus in iure faciendis, et interrogatoriis actionibus [1]).

§. 745.

Wahre Beschaffenheit der Interrogationen nach der römischen Gerichtsordnung, und der darauf gründenden *actionum interrogatoriarum*.

Eben so, wie die actio ad exhibendum, dienen auch zur Einleitung und Vorbereitung einer zuständigen Hauptklage die sogenannten *Interrogationes in iure* [2]).

Im

1) So lautet die Ueberschrift in der florentinischen Ausgabe. In der Haloandrinischen aber wird noch das Wort *sublatis* beygefügt. Diese Leseart vertheidiget besonders LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 9. Eben so, wie Haloander, lieset auch Baudoza. Allein mit Recht giebt Brenkmann in der Gebauerischen Ausgabe der florentinischen Leseart den Vorzug. Offenbar beruhet die haloandrinische Leseart auf einer unrichtigen Erklärung der *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* Unser Erlanger Pandecten-Codex stimmt mit der Florentine überein.

2) Die beste Schrift ist *Ioannis* WYBO ICti de interrogationibus in iure liber singularis. *Lugduni Batavor.* 1732. 8. Außerdem sind noch zu vergleichen *Car. Ferd.* HOMMELII Progr. de interrogationibus in iure faciendis hodie non sublatis. *Lipsiae* 1750. und *Io. Phil.* CARRACH Exercitat. iurid. sistens Sicilimenta de interrogationibus in iure, earumque defectu in foris germanicis. *Halae* 1751.

Im allgemeinen werden darunter Fragen verstanden, welche eine Parthey der andern, oder der Richter im Prozeß von Amtswegen einer Parthey zur Beantwortung vorlegt. Solche Fragen können also

I. von einer **Parthey** an die andere gemacht werden. Nach der römischen Gerichtsordnung konnte vorzüglich der Kläger noch vor Anstellung der Klage seinem Gegner gewisse Fragen zur Beantwortung vorlegen, welche dazu dienten, um die Klage darnach einzurichten. Ueber den Grund der Klage konnte freylich der Beklagte nicht befragt werden, so lange noch kein Prozeß vorhanden war. Darauf brauchte er gar nicht zu antworten, sondern die Fragen betrafen nur immer die Qualität desjenigen, gegen den eine gewisse Hauptklage angestellt werden sollte, wenn es ungewiß war, ob und wie weit er der rechte Beklagte sey [3]). Dies beweisen sämmtliche Gesetze dieses Titels, und die darin vorkommenden Beyspiele. Es sind deren folgende acht.

1) Ob derjenige, welcher als Erbe belangt werden sollte, wirklich Erbe desjenigen sey, an welchen der Kläger eine Forderung hatte? desgleichen ob er Universal- oder nur Partial-Erbe sey, und zu welchem Antheil? auch was er überhaupt für ein Erbe sey, Testaments- oder Intestat-Erbe?

L. 1. pr. D. h. t. Totiens heres in iure interrogandus est, *quae ex parte heres sit*, quotiens adversus eum actio instituitur, et dubitat actor, qua ex parte is, cum quo agere velit, heres sit.

L. 9.

3) WEBO cit. libr. Cap. 1. pag. 6. u. HUBERI Prael. ad Pand. h. t. §. 2.

L. 9. §. 5. *D. eodem.* Qui interrogatus, *heredem se* responderit, nec adjecit, *ex qua parte*, ex asse respondisse dicendum est. Nisi forte ita interrogatur, *an ex dimidia parte heres sit?* et responderit, *heres sum:* hic enim magis eum puto ad interrogatum respondisse.

L. 9. §. 6. *D. eodem.* Illud quaeritur, an quis cogatur respondere, *utrum ex testamento heres sit:* et *utrum suo nomine ei quaesita sit hereditas; an per eos, quos suo iuri subiectos habet, vel per eum, cui heres extitit?* Summatim igitur Praetor cognoscere debebit, cum quaeratur, an quis respondere debeat, quo iure heres sit: ut, si valde interesse compererit, plenius responderi iubeat. Quae obtinere debent, non solum in heredibus, sed etiam in honorariis successoribus.

War die Erbschaft mit einem Universal-Fideicommiß beschwert, so konnte der Kläger seinen Gegner fragen, ob ihm die Erbschaft schon abgetreten worden sey? Denn da nun erst die erbschaftlichen Klagen nach dem Trebellianischen Senatusconsultum auf den Fideicommissar übergehen, so daß er loco heredis von den Erbschaftsgläubigern belangt werden kann, so war letztern allerdings daran gelegen, zu wissen, ob die Erbschaft dem Fideicommissar restituirt sey. Sie konnten ihn also deshalb vor Gericht fragen [4]).

L. 9. §. 7. *D. eodem.* Denique *Iulianus* scribit, eum quoque, cui est hereditas restituta, debere, in iure interrogatum, respondere, *an ei hereditas sit restituta?*

4) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. L. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. 1. not. b. pag. 326.

2) Ob derjenige, gegen den eine Noxalklage angestellt werden sollte, den Sklaven besitze, wegen dessen dem Fragenden diese Klage zusteht [5])?

3) Ob demjenigen, welcher actione de pauperie belangt werden sollte, das Thier gehöre, welches den Schaden angerichtet hat?

L. 7. *D. h. t.* Si quis in iure interrogatus, *an quadrupes, quae pauperiem fecit, eius sit*, responderit, tenetur.

4) Ob, und zu welchem Theile dem Besitzer das Haus gehöre, aus dessen Einsturz dem Fragenden Schaden drohet, wenn deswegen die cautio damni infecti geleistet werden soll?

L. 10. *D. h. t.* Non alienum est, eum, a quo damni infecti stipulari velimus, interrogare in iure [6]), *an aedes eius vel locus sit, ex quo damnum timeatur; et pro qua parte?* ut si neget suum praedium esse, nec caveat damni infecti, aut cedere, aut resistendum putaverit [7]), quasi dolo versatus, tradere compellatur.

L. 20.

5) *L.* 5. *L.* 14. 15. 16. 17. *L.* 20. *pr. D. h. t.*

6) Baudoza lieset hier *interrogari in iure.*

7) Unser Cod. Pand. Erlang. hat hier: *aut si resistendum putaverit.* Eben so Baudoza. Diese Leseart verdient unstreitig den Vorzug. Zwar vertheidiget Brenkmann in der Gebauerschen Ausgabe die florentinische Leseart. Allein weit richtiger erklärt diese Stelle POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. a. pag. 327. wo er sagt: *Poena igitur mendacii erit, ut nulla amplius cognitione habita teneatur aut cavere damni infecti, aut cedere possessione; quae, si resistendum putaverit, ipsi manu militari auferetur.*

L. 20 § 2. *D. eodem.* Idem [8]) et si damni infecti caveamus [9]): nam et hic respondere debet, quota ex parte eius sit praedium, ut ad eam partem stipulationem accommodemus. Poena autem non repromittentis haec est, ut in possessionem eamus: et ideo eo pertinet scire, an possideat.

5) Ob der zu Belangende das Peculium besitze, wegen dessen dem Kläger die actio de peculio zusteht? Auf die Frage, ob der Sohn, dem das peculium gehört, in des Beklagten Gewalt sey, kommt nichts an. Denn die actio de peculio ist nicht nur eine actio in rem scripta, sondern hat auch noch ein ganzes Jahr nach aufgehobener väterlichen Gewalt Statt [10]).

L. 9. §. 8. *D. h. t.* Si de peculio agatur, non oportere responderi a patre, vel domino, *an in potestate habeat filium vel servum*: quia hoc solum quaeritur, *an peculium apud eum, cum quo agitur, est.*

6) Zuweilen konnte der zu Belangende wegen seines Alters befragt werden, wie Ulpian lehrt *L.* 11. *pr. D.*

8) Cod. Erlang. lieset hier *Idem est.* Eben so Baudoza.

9) Statt *caveamus*, will *Ant.* FABER Rational. in h. L. lieber *ca-*
veatur oder *caveat quis* lesen, weil nachher in der dritten Per-
son gesagt wird: *nam et hic respondere debet.* Allein ohne
Grund. *Caveamus* ist soviel als cavere postulemus, wie es Accursius und Pothier c. l. not. c. erklären, und geht auf *accommodemus*, mithin auf die Person des Fragenden, und nicht des Befragten, wie *Io.* WYBO c. lib. Cap. 7. pag. 100. gezeigt hat. Die *Basilica* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 4. p. 740. haben jedoch: *καὶ τῆς ἐλπιζομένης συμπτώσει ἀγωγῆς*, i. e. *et qui convenitur damni infecti.*

10) S. FABRI Rational. in h. L.

h. t. De *aetate* quoque interdum interrogatus respondere debebit. Z. B. der Kläger weiß nicht gewiß, ob derjenige, den er belangen will, schon großjährig sey [11]). Gab er sich arglistig dafür aus, so machte er sich der Wohlthat seines Alters verlustig [12]). Es läßt sich aber noch ein anderer Fall gedenken, wo wegen des Alters gefragt werden kann, nämlich, wenn Jemandem der Nießbrauch bis auf ein gewisses Alter vermacht worden ist, und der Erbe des verstorbenen Proprietars weiß nicht, ob nicht der Usufructuar etwa das Alter schon erreicht hat, mit dessen Eintritt sich der Nießbrauch endigen soll [13]).

7) Ob der Schuldner ein gewisses Grundstück besitze, und zu welchem Theile? damit der Gläubiger, wenn jener etwa zu des letztern Nachtheil fälschlich vorgiebt, er besitze es nicht, oder es gehöre ihm nicht allein, eine Einweisung in dasselbe erhalte, so weit es der Schuldner nicht defendirt.

L. 20. §. 1. *D. h. t.* In iure interrogatus, *an fundum possideat:* quaero, an respondere cogendus sit, et *quota ex parte fundum possideat* [14])? Respondi: *Iavolenus*

11) FABER in Rational. T. II. P. II. pag. 495. glaubt, daß dieses Fragment schicklicher de reo, quam de actore interrogante, zu verstehen sey. Allein dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden.

12) *L.* 3. *Cod. si minor se major. dixerit.*

13) S. WYBO libr. cit. Cap. 7. pag. 101. sq.

14) *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. erklärt diese Stelle von einer actio in rem, bey welcher es auf den Besitz des Beklagten ankommt. Allein CUJACIUS ad Pauli libr. 2. Quaestion. in d. L. 20. §. 1. D. h. t. versteht dieses Fragment richtiger de de-

nus ſcribit, poſſeſſorem fundi cogi debere reſpondere, *quota ex parte fundum poſſideat:* ut, ſi minore ex parte poſſidere ſe dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in poſſeſſionem actor mittatur.

8) Ob A., der noch unter väterlicher Gewalt steht, und wegen dessen ich den Vater belangen kann, des B. Sohn sey [15])?

Diese Interrogationen hatten für den Kläger einen doppelten Zweck. Sie dienten ihm

1) dazu, um nicht in die Strafe des Zuvielbittens zu verfallen, welche ehemals in dem Verlust der ganzen Forderung bestand. Callistratus setzt hierin einen vorzüglichen Grund der Nothwendigkeit der Interrogationen, wenn er sagt *L. 1. pr. D. h. t.*

Eſt autem interrogatio tunc neceſſaria, cum in perſonam ſit actio, et ita, ſi certum petetur; ne dum ignoret actor, qua ex parte adverſarius defuncto heres extiterit, *interdum plus petendo aliquid damni ſentiat.*

Nicht ohne Grund halten zwar die meisten Ausleger [16]) diese Stelle für interpolirt. Denn es ist außer

debitore, praeſente quidem, ſed rem ſuam pro parte defendente. Ihm stimmt auch WYBO c. l. pag. 102. bey. Man sehe hier *L. 52. D. de div. reg. iuris.*

15) *L. 13. pr. D. h. t.*

16) *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. III. Cap. 14. *Barn.* BRISSONIUS de Formulis Lib. V. cap. 25. *Ger.* NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. §. Extat illa. pag. 251. POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. a. pag. 326. Zu verwundern ist, daß *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. h. L. und WISSENBACH

Zweifel, daß zu den Zeiten des Callistratus, welcher unter den Kaisern Septimius Severus, Antoninus Caracalla und Alexander Severus lebte [17]), die Strafe der pluris petitio noch in dem Verlust der Forderung bestand [18]), da erst Kr. Zeno, und vollends Justinian [19]) diese ehemalige Strenge der alten Prozeßordnung gemildert haben. Vermuthlich hieß es also bey Callistratus: *ne plus petendo causam perdat*,, wie sich sein Zeitgenoß Paulus [20]) in einem ähnlichen Falle ausdrückt. Da indessen eine pluris petitio doch auch nach der neuern Römischen Prozeßordnung nachtheilige Folgen für den Kläger hatte, so substituirte Tribonian dafür die Worte: *ne interdum plus petendo aliquid damni sentiat* [21]).

Außer-

BACH in seinen Emblematib. Triboniani, ad h. L. welche sonst so gern nach Tribonianismen haschen, hier keine Ahnung gehabt haben.

17) *L.* 3. §. 2. *D. de offic. Procur. Caes.* L. 38. *D. de LL.* L. 2. §. 6. *D. de iure fisci.* S. *Gottl. Aug.* IENICHEN Singularia de Callistrato ICto. *Lipsiae* 1742.

18) Noch in einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian *L.* 2. *Cod. Hermogen. de Calumniator. et plus petendo* (Tit. 2. bey SCHULTING in Iurisprud Antejust. pag. 712.) heißt es: Si quis igitur plus ab eo, quod ei competit, vel debetur, petierit, *rem et causam, de qua agitur, perdit.*

19) §. 33. *I. de Actionib.* Siehe den 3. Th. dieses Commentars, und dessen 2. Abth. §. 282. S. 628.

20) *Sententiar. Receptar.* Lib. I. Tit. 13. B. §. 5. Hereditas pro ea parte peti debet, pro qua ad nos pertinet: alioquin plus petendi periculum incurrimus, et causam perdimus. Add. Lib. II. Tit. 5. §. 3.

21) Nur WYBO cit. libr. Cap. II. pag. 27. nimmt hier kein Emblema Triboniani an. Er meint, die Worte *aliquid damni* seyen hier

pro

Außerdem dienten die Interrogationen dem Kläger auch

2) dazu, um sich den oft schweren Beweis in solchen Fällen zu erleichtern, wo die Klage eine gewisse Eigenschaft bey dem Beklagten voraussetzt, ohne welche sonst eine Klage von der Art, wie der Kläger anstellen wollte, gar nicht, oder noch zur Zeit nicht Statt haben würde. **Ulpian** setzt hierin einen Hauptgrund, warum der Prätor sein Edict wegen der Interrogationen bekannt gemacht habe, wenn er *L. 2. D. h. t.* sagt:

Edictum *de interrogationibus* ideo Praetor proposuit, *quia sciebat difficile esse ei, qui heredem, bonorumve possessorem convenit, probare aliquem esse heredem, bonorumve possessorem.*

Und **Paulus** fügt *L. 3. D. eodem.* noch den Grund hinzu:

Quia plerumque *difficilis* probatio aditae hereditatis est.

Ehemals geschahen jedoch dergleichen Fragen, die eine Parthey an die andere machen konnte, nicht immer vor Gericht, sondern häufig auch außergerichtlich, und es konnten auf die letztern so gut, wie auf gerichtliche Interrogationen, actiones interrogatoriae gegründet werden [22]. Es pflegten auch nicht blos die Kläger sich solcher Fragen zu bedienen, um darnach ihre Klage einrichten zu können, son-

pro omni damno zu nehmen, wie auch zuweilen **Cicero** sich ausdrücke, z. B. *Lib. XVI. Epist.* 11. Ne quid Respublica detrimenti caperet.

22) S. WYBO cit. libr. Cap. 3. pag. 31. sqq.

sondern auch die Beklagten bedienten sich derselben arglistig, als ein Mittel, ihren Klägern die Strafe der pluris petitio zuzuziehen [23]). Z. B. der Erbe des verstorbenen Schuldners gieng hin zum Gläubiger, und fragte ihn: nonne a Titio defuncto tibi debentur centum, cuius ego sum heres? Ahnte der Gläubiger keinen Betrug, sondern stellte nun seine Schuldklage gegen diesen Erben an, so setzte er ihm die Einrede der pluris petitio entgegen, weil er nicht Universalerbe sey, und zog ihm den Verlust seiner Forderung zu. Auf diesen Betrug bezieht sich die bekannte Stelle des Seneca [24]), wo er sagt: Quid aliud agitis, quum eum, quem interrogatis, scientes in fraudem inducitis, quam ut formula cecidisse videatur? Er nennt daher mit Recht dergleichen Einreden, deren sich die Beklagten auf solche Art bedienen, exceptiones nigras, et turpes, infamesque [25]). Nicht selten schikanirten aber auch die Kläger durch captiöse Fragen die Beklagten, so, daß der Befragte, welcher z. B. nur zur Hälfte des verstorbenen Schuldners Miterbe war, von dem Gläubiger auf die ganze Schuld belangt werden konnte. Eine Uebereilung war bey diesen außergerichtlichen Interrogationen um so leichter möglich, weil keine Bedenkzeit dabey Statt hatte. Besonders nachtheilig aber konnte dem Befragten die Antwort in dem Falle werden, wenn er sich über

23) WYBO pag. 43. sqq.

24) Epistol. 48. (*Operum* Vol. II. pag. 207. edit. *Ruhkopf* Lipsiae 1800.)

25) Anders versteht jedoch diese Stelle CARRACH cit. Diss. §. 9. welcher läugnet, daß Interrogationen von dem Beklagten an den Kläger geschehen wären.

über eine ihm angefallene Erbschaft erklären sollte, wegen welcher er mit einem Dritten in einen Prozeß war verwickelt worden. Antwortete er dem Gläubiger auf sein Befragen, er sey Erbe, so hatte er sich demselben verbindlich gemacht, wenn ihm auch gleich nachher die Erbschaft war abgesprochen worden. Bey dieser Beschaffenheit der alten außergerichtlichen Interrogationen wird es nun auch Niemanden wundern, wenn die Antworten auf captiöse Fragen nicht selten dunkel und zweydeutig gefaßt, und auf Schrauben gestellt wurden, so daß der Beklagte nachher seiner Antwort eine Deutung geben konnte, welche er wollte.

Allen diesen Mißbräuchen und Schikanen suchte der Prätor durch sein Edict abzuhelfen, vermöge welchen nun die Fragen schlechterdings vor Gericht (in iure) geschehen, und Niemand mehr schuldig seyn sollte, außergerichtlich auf eine Frage seines Gegners Red und Antwort zu geben. Man durfte auch seinen Gegner mit der Antwort nicht übereilen, sondern er konnte um eine Bedenkzeit bitten. Lügen und gänzlich verweigerte Antwort hingegen zogen bestimmte Strafen nach sich. Nur dann konnte der Befragte seine Antwort zurückhalten, wenn er noch deliberirte, ob er die Erbschaft annehmen solle oder nicht, oder wenn er über die ihm angefallene Erbschaft mit einem Dritten in einen Rechtsstreit war verwickelt worden. Captiöse Fragen, und dunkle oder zweydeutige Antworten hatten jetzt auch nicht mehr Statt. Jeder vor Gericht Befragte haftete nun zwar aus seiner Antwort, und es konnte hierauf eine Klage gegründet werden, welche *actio interrogatoria* genennt wird; allein es konnte auch der Befragte dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten,

ten, wenn er aus einem verzeihlichen Irrthum wider die Wahrheit geantwortet hatte, so wie es ihm auch erlaubt war, sein aus einem solchen Irrthum gethanes Geständniß zu revociren. Es sind hier folgende Stellen merkwürdig.

L. 4. *D. h. t.* Voluit Praetor adſtringere eum, qui convenitur, ex ſua in iudicio reſponſione, ut vel confitendo, vel mentiendo ſeſe oneret; ſimul etiam portionis, pro qua quisque heres extitit, ex interrogatione certioretur. Quod ait Praetor: *Qui in iure interrogatus reſponderit:* ſic accipiendum eſt, apud Magiſtratus populi Romani, vel Praeſides provinciarum, vel *alios iudices* [26]). *Ius* enim eum ſolum locum eſſe, ubi iuris dicundi, vel iudicandi gratia conſiſtat; vel ſi *domi* vel *itinere* [27]) hoc agat.

L. 5.

26) Die Ausleger sind nicht einig, wer die *alii iudices* sind. *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. Nunc Edictum. Tom. II. pag. 251. versteht darunter *magiſtratus minores*, ut *municipales.* WYBO cit. lib. cap. V. pag. 64. hingegen glaubt, Ulpian habe die *Proconſules* gemeint. *Ant.* FABER in Rational. in Pand ad h. L. und HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 447. halten die Worte: *alios iudices* für ein Emblema Triboniani, weil seit den Zeiten der Kaiser Diocletian und Maximian *L.* 2. *C. de pedaneis iudic.* aller Unterschied zwischen magistratus und iudices aufgehört hat. Allein ein solches Emblema hier anzunehmen, ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, und da unter dem Ausdruck *Praeſides* auch im allgemeinen Sinn die Proconsuls verstanden werden, *L.* 1. *D. offic. Praeſ.* so scheint die Noodtische Erklärung wohl die richtigste zu seyn.

27) *Franc.* HOTOMAN Obſervation. Lib. I. Obſ. 22. et Lib. VII. Obſ. 5. hält diese Worte für fehlerhaft, und will statt vel ſi domi lieber *non ſi domi* lesen. Allein mit Recht haben diese Emendation CUJACIUS Obſervation. Lib. XIV. cap. 11. und

RAE-

L. 5 D. h. t. Qui interrogatur, *an heres*, vel *quota ex parte sit*, vel *an in potestate habeat eum, cuius nomine noxali iudicio agitur*, ad deliberandum tempus impetrare debet: quia, si perperam confessus fuerit, incommodo adficitur.

L. 6.

BAEVARDUS lib. sing. pro Tribon. c. 7. verworfen. Zwar hat *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 447. die Meinung des Hotoman's aufs neue zu vertheidigen gesucht; allein ganz vergeblich, wie WYBO cit. lib. cap. V. pag. 67. gezeigt hat. Der Prätor, so wie der Präses der Provinz, konnte allerdings in solchen Fällen, wo eine Sache de plano abgethan werden konnte, auch zu Hause und auf Reisen, sella posita, Recht sprechen, wie RAEVARDUS Protribunal. cap. 7. ROBERTUS Lib. I. Receptar. Sentent. Cap. 13. und LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 9. ausführlich dargethan haben. Es konnten daher auch in solchen Fällen und bey solchen Gelegenheiten, da sich der Magistrat außer seinem Tribunal befand, vor ihm Fragen geschehen, wenn die Sache keinen Aufschub litte, z. B. es kam auf eine cautio damni infecti wegen eines den Einsturz drohenden Gebäudes an. Hierauf zielt auch die *L. 21. D. h. t.* wo Ulpian sagt: *Ubicunque* iudicem aequitas moverit, *aeque* oportere fieri interrogationem, dubium non est. Das Wort *ubicunque* erklärt zwar BRANCHU Observat ad ius Rom. Dec. alt. cap. 15. pag 100. *in omni causarum genere*. Allein ganz unrichtig. Es heißt offenbar hier *quovis in loco*, wie aus *L. 11. D. de Iustit. et iure* erhellet: und die Worte *aeque* oportere etc. haben den Sinn: non esse exspectandum, donec Praetor ad tribunal adsit, verum et domi et in itinere debere fieri interrogationem. Auch die *Basilica* Lib. XLII. Tit. 4. T. V. p. 735. bestärken die florentinische Leseart. Da heißt es: ἐι καὶ ἐν οἴκῳ, ἢ ὁδῷ τῦτο γίνεται, i. e. *etiamsi domi, aut in itinere hoc agat.*

L. 6. *D. eodem* Et quia hoc defunctorum interest, ut habeant successores, interest et viventium, ne praecipitentur, *quamdiu iuste deliberant.*

§. 1. Interdum interrogatus, *an heres sit*, non cogitur respondere: utputa, *si controversiam hereditatis ab alio patiatur*, et ita D. *Hadrianus* constituit: ne aut negando se heredem, praeiudicet sibi; aut dicendo heredem, illigetur, etiam ablata sibi hereditate.

L. 11. §. 4. *D. h. t.* Qui *tacuit* apud Praetorem, in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur, *quasi negavit se heredem esse.* Nam qui omnino non respondit, contumax est. *Contumaciae* autem poenam hanc ferre debet, *ut in solidum conveniatur*, quemadmodum si *negasset;* quia Praetorem contemnere videtur.

§. 5. Quod autem ait Praetor: *Omnino non respondisse:* posteriores sic exceperunt [28]), ut omnino non respondisse videatur, qui ad interrogatum non respondit, id est, πρὸς ἔπος [29]).

§. 7. Nihil interest, *neget* quis, an *taceat* interrogatus, an *obscure respondeat*, ut incertum dimittat interrogatorem.

§. 8.

28) Haloander und Baudoza lesen accceperunt. Eben so Cod. Pand. Erlang.

29) Die *Basilica* Tom. V. pag. 737. haben: Μὴ ἀποκρίνασθαι, δὲ ἐςι, τὸ μὴ ἀκολούθως καὶ πρὸς ἔπος ἀποκρίνασθαι. i. e. *Non respondere autem est, convenienter et ad interrogatum non respondere.*

§. 8. Ex causa succurri ei, qui interrogatus respondit, non dubitamus. Nam et si quis interrogatus, an patri heres esset, responderit; mox prolato testamento [30]) inventus sit exheredatus: aequissimum est succurri ei. Et ita CELSUS scribit. Hic quidem et alia ratione [31]), quod ea, quae postea emergunt, auxilio indigent [32]). Quid enim si occultae tabulae, et remotae, postea prolatae sint? Cur noceat ei, qui id responderit, quod in praesentiarum videbatur? Idem dico, et si, qui heredem se responderit, mox falsum vel inofficiosum, vel irritum testamentum fuerit pronunciatum: non enim improbe respondit, sed scriptura ductus.

L. 11. §. 10. *D. h. t.* Qui *iusto errore* ductus, negaverit, *se heredem*, venia dignus est.

§. 11.

30) Die Taurellische, Charondaische und Gebauersche Ausgabe lesen *probato testamento.* Allein die Leseart *prolato*, welche Haloander, Hugo a Porta und mehrere haben, ist vorzüglicher. Unser Erl. Pandecten-Codex hat auch prolato, und hiermit stimmen auch die Basiliken überein. In diesen heißt es Tom. V. pag. 737. O ἐιπὼν κληρονομεῖν τοῦ πατρὸς, ἐὰν ὕστερον φανῇ ἀπόκληρος γεγονὼς, συγγινώσκεται. ἐικὸς γὰρ ἐλάνθανεν ἡ διαθήκη. i. e. *Qui se patris heredem dicit, si postea inventus sit exheredatus, ei succurritur: forte enim occultabantur testamenti tabulae.*

31) Baudoza liefet hier richtiger *Id quidem et alia ratione contingit.* Gerade so hat auch Cod. Erlang.

32) Die *Basilica* Tom. V. pag. 737. haben: ἐπὶ δὲ τοῖς μετὰ ταῦτα συμβαίνουσι βοηθούμεθα. i. e. *in his autem, quae postea accidunt, subvenitur nobis.*

§. 11. Sed et si quis sine dolo malo, *culpa tamen* responderit, dicendum erit, absolvi eum debere: *nisi culpa dolo proxima sit.*

§. 12. *Celsus* scribit, *licere responsi poenitere*, si nulla captio ex eius poenitentia [33]) sit actoris. Quod verissimum mihi videtur: maxime si quis postea plenius instructus quid faciat, instrumentis, vel epistolis amicorum iuris sui edoctus [34]).

Seitdem also der Prätor sein Edict wegen der Interrogationen bekannt gemacht hatte [35]), kamen nun die außergericht-

33) Ganz unrichtig lieset hier die Holoandrine *praesentia*, wie schon von AUGUSTINUS Lib. III. Emendation. cap. 6. bemerkt worden ist.

34) *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 500. will dieses Gesetz blos von dem Falle verstehen, da der Beklagte nach der Litiscontestation pönitiren will. Hier müsse er darthun, daß er sich wegen seines Geständnisses in einem verzeihlichen Irrthum befunden habe. Vor der Litiscontestation hingegen sey ohne diesen Beweis dem Beklagten die Reue unbedingt erlaubt. Allein er irrt. Das Gesetz kennt diesen Unterschied nicht. Sobald die Antwort erfolgt ist, ist auch die actio interrogatoria begründet. Diese hätte ja sonst nach Willkühr von dem Beklagten vereitelt werden können, wie WYBO c. lib. Cap. IX. pag. 134. sehr gründlich gegen Faber erinnert hat.

35) HEINECCIUS in Opuscul. postum. pag. 517. hat das Edikt aus den Fragmenten der Röm. Rechtsgelehrten auf folgende Art herzustellen gesucht: QUI IN IURE INTERROGATUS RESPONDERIT, QUA EX PARTE HERES BONORUMVE POSSESSOR SIT, ADVERSUS EUM EX SUA RESPONSIONE ACTIONEM DABO. ADVERSUS EUM, QUI OMNINO NON RESPONDERIT, IN SOLIDUM ACTIONEM DABO. Einen Commentar darüber findet man bey WYBO c. lib. Cap. V. pag. 60. sqq. Man sehe auch *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t.

gerichtlichen Interrogationen fast ganz außer Gebrauch, theils weil der Beklagte nicht schuldig war, außer Gericht seinem Gegner zu antworten, theils weil Arglist und Schikane dabey fast unvermeidlich war, theils weil dem Fragenden immer noch ein Beweis oblag, daß die Antwort wirklich so erfolgt sey, als der Kläger in seiner darauf gegründeten Klage angab. Eben deswegen kamen denn auch die ehemals auf dergleichen außergerichtlichen Interrogationen gegründeten actiones interrogatoriae außer Gebrauch. Dies scheint mir, wie auch Wybo [36]) behauptet, der eigentliche Sinn der sehr bestrittenen Stelle des Callistratus zu seyn, welche Anton Faber [37]), Wissenbach [38]), Schulting [39]), Heineccius [40]) und andere mehr, für ein pures Emblem des Tribonians halten wollen; ich meine die *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* wo es heißt:

Interrogatoriis autem *actionibus* hodie non utimur [41]): qui nemo cogitur *ante iudicium* de suo iure aliquid

36) De interrogationib. in iure, lib. sing. Cap. IV. pag. 51. sqq. und in Triboniano ab Emblemat. Wissenbachii liberato Cap. II. §. 9. pag. 263. sqq. (edit. *Halensis* 1736. 8).

37) Rational. in Pand. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 486.

38) Emblemat. Triboniani Cap. II. ad. L. 1. §. 1. D. h. t. pag. 32. edit. *Halens.*

39) Thesium controversar. Decad. XXXI. Th. 10.

40) Opusc. postum. de Histor. Edictor. pag. 551.

41) In den Basiliken Lib. XLII. Tit. 4. T. V. pag. 734. fehlen diese Worte gänzlich. Es heißt bloß: Οὐ δεὶς ἀναγκάζεται πρὸ δικαστηρίου ἀποκρίνεσθαι περὶ τοῦ ἰδίου δικαίου. i. e. *Nemo cogitur ante iudicium de suo iure respondere.*

aliqud respondere, ideoque minus frequentantur, et in desuetudinem abierunt: sed tandummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, *quae ab adversa parte expressa fuerint apud iudices*, vel in hereditatibus [42]), vel in aliis rebus, quae in causis vertuntur [43]).

Denn daß die interrogationes in iure so wenig, als die davon abhängenden actiones interrogatoriae, zu Justinians Zeiten außer Gebrauch gekommen waren, erhellet fast aus jedem Gesetz dieses Titels, welcher doch wohl gewiß, als bloße Antiquität, nicht würde in die Pandecten aufgenommen worden seyn. Ja in der *L.* 22. *D. h. t.* wird sogar der *actio interrogateria* ausdrücklich gedacht, und die Frage entschieden, ob der von dem einem Gläubiger Befragte nicht auch mit dieser Klage utiliter von andern Gläubigern belangt werden könne, welche ihn zwar nicht gefragt haben, deren Forderung aber doch auch von der sich fälschlich von dem Beklagten beygelegten Eigenschaft abhängt? Scävola entscheidet sie auf folgende Art:

Procuratore Caesaris ob debitum fiscale interrogante, unus ex filiis, qui nec bonorum possessionem acceperat, nec heres erat, respondit, se heredem esse:

42) Baudoza lieset ut in hereditatibus. Eben so unser Erlanger Pandecten Codex.

43) In den *Basilic.* T. V. pag. 734. heißt es bloß: ἔν τε ταῖς κληρονομίαις, ἔν τε τοῖς ἄλλοις πράγμασιν. i. e. *tam in hereditatibus, quam in aliis rebus* WYBO cit. lib. Cap. IV. pag. 56. erklärt die Worte: *quae in causis vertuntur*, so: in quibus eadem est causa. Allein mir scheinen die Worte vielmehr den Sinn zu haben, wo es auf einen Rechtsstreit ankommt.

se: an *quasi interrogatoria* creditoribus caeteris teneatur? Respondit, *ab his, qui in iure non interrogassent, ex responso suo conveniri non posse.*

Es ist hier von einem emancipirten Sohn die Rede welchen der Vater präterirt hatte [44]). Dieser war nach dem ältern Recht kein Civilerbe. Er hatte aber auch nicht einmal die bonorum possessio erhalten. Dennoch gab er, auf geschehenes Befragen eines fiskalischen Gläubigers, fälschlich vor, er sey seines Vaters Erbe geworden. Hier haftete er wegen seiner Lüge zwar dem Fragenden, allein nicht den übrigen Gläubigern, die ihn nicht gefragt hatten. Diese konnten ihn aus seiner Antwort nicht belangen, auch nicht einmal mit einer actio quasi interrogatoria [45]). Wäre nicht diese ganze Entscheidung unnütz gewesen, wenn zu Justinians Zeiten actiones interrogatoriae nicht mehr im Gebrauche gewesen wären?

Um nun aber die Natur der interrogatorischen Klagen näher kennen zu lernen, ist es nöthig, zuvörderst die wahre Beschaffenheit und Wirkung der Interrogationen, worauf jene Klagen gegründet wurden, aus der römischen Gerichtsordnung darzustellen.

Hatte nämlich der Kläger nöthig, denjenigen, welchen er belangen wollte, über gewisse Puncte zu befragen, die

44) S. WYBO c. libr. Cap. IX. pag. 130.

45) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. II. Err. 10. wo er diese Stelle ausführlich erklärt, sagt: *Quasi interrogatoria* est actio utilis ex interrogatione ab alio facta. Diese hatte darum nicht Statt, *quia per liberam personam alteri quaeri actio non possit.*

die er wissen mußte, um darnach seine Klage einzurichten, und solche ohne Gefahr anstellen zu können; so mußte er ihn zuvörderst vor Gericht fordern, oder fordern lassen [46]). Denn außergerichtlich war nun Niemand mehr zu antworten schuldig. Aber vor Gericht mußte er erscheinen, und auf die ihm dort vorgelegten Fragen antworten, widrigenfalls konnten gerichtliche Zwangsmittel gebraucht werden [47]). Die gewöhnliche Formel war: QUANDOQUIDEM TE IN IURE CONSPICIO, INTERROGO, ANNE LUCII TITII HERES SIS, ET EX QUOTA PARTE? oder POSTULO, ANNE FIAS AUCTOR [48])? Hielt es der Befragte nicht für rathsam, sich sogleich über die ihm vorgelegte Frage zu erklären, so konnte er um eine Bedenkzeit bitten [49]). Bat er darum nicht, oder die ihm gestattete Bedenkzeit war verstrichen, so erfolgte nun entweder die Antwort, oder nicht. In jenem Falle hatte der Gegner die Frage entweder bejahend oder verneinend beantwortet.

War die Antwort bejahend, so konnte nun der Kläger in Beziehung auf dieselbe die Hauptklage gegen den Beklagten ohne Bedenken sogleich anstellen, sein Geständniß mochte der Wahrheit gemäß seyn, oder nicht. Wenn also

z. B.

46) *L.* 1. §. 2. D. *de inspic. ventre.* Evocari mulier ad Praetorem poterit, et apud eum interrogari. *L.* 3. *Cod. de Procurat.*

47) L. 1. §. 3. *D. de inspic. ventre.* Cogenda igitur erit remediis Praetoris et in ius venire, et, si venit, respondere.

48) CICERO *pro Caecinna* cap. 19. AUCTOR heißt hier ille, a quo ius meum persequi debeam. S. WYBO cit. libr. Cap. 6. und meine *Opuscula* Fascic. II. pag. 326.

49) *L.* 5. *L.* 6. *D. h. t. L.* 1. §. 12. *in fin. D. de successor. edicto.*

z. B. der Kläger gefragt hatte, ob sein Gegner des Titius, seines Schuldners, Erbe geworden sey, und dieser hatte die Frage bejahet; so konnte nun der Kläger auf folgende Art klagen: QUANDOQUIDEM AIS, TE LUCII TITII HEREDEM ESSE, AIO TE EX L. TITII HEREDITATE MIHI EX MUTUO CENTUM DARE OPORTERE [50]). Hatte er auch gelogen, und sich fälschlich für den Erben ausgegeben, der er doch nicht war, so haftete er nun für seine Lüge als ein solcher, der sich muthwillig zum Beklagten aufgeworfen, und einen Rechtsstreit übernommen hat, welcher ihn eigentlich nichts angieng. Die Folge dieser oblatio ad litem war, daß nun der Beklagte, wenn der Kläger in der Hauptsache die Richtigkeit seiner Forderung bewies, eben so zur Bezahlung verurtheilt werden konnte, als wenn er wirklich der vorgegebene Erbe wäre [51]). Es gehören hierher folgende Stellen.

L. 11. §. 1. *D. h. t.* Si quis, cum heres non esset, interrogatus responderit, ex parte heredem esse, sic convenietur, atque si ex parte heres esset. Fides enim ei contra se habebitur.

L. 11. §. 2. *D. eodem.* Qui ex quadrante heres vel omnino, cum heres non esset, responderit, se heredem ex asse, *in assem instituta actione convenietur.*

R 3 Pro

50) S. WYBO cit. libr. Cap. 9. pag. 134. und HOMMEL cit. Progr. pag. 9.

51) Daß eine oblatio ad litem auch bey persönlichen Klagen sowohl, wie bey dinglichen, Statt haben könne, ist schon an einem andern Orte bemerkt worden. S. den 6. Theil dieses Commentars §. 530. S. 469. Man sehe auch *Aem. Lud.* HOMBERGK zu *Vach* Diss. de oblatione ad litem. *Marburgi* 1746. §. 30.

Pro iudicato konnte hingegen der Befragte auch wegen seiner bejahenden Antwort nicht gleich gehalten werden. Denn die Interrogationen bereiteten nur den Rechtsstreit vor, und waren qualitates adjectitiae der Hauptklage [52]). Hatte z. B. der Befragte geantwortet, der Sklave gehöre ihm zu, der den Schaden gethan hatte, so haftete er darum noch nicht gleich zum Schadensersatz, sondern sein Gegner konnte nun die actio Legis Aquiliae interrogatoria gegen ihn, als vorgeblichen Eigenthümer, anstellen, wenn er es auch nicht war, und der wahre Eigenthümer ward dadurch von allem weitern Anspruche frey, wenn der Beklagte den Schaden ersetzt hatte.

L. 8. D. h. t. Si quis interrogatus de servo, qui damnum dedit, respondit, suum esse servum: *tenebitur Lege Aquilia*, quasi dominus; et si cum eo actum sit, qui respondit, *dominus ea actione liberatur.*

Antwortete hingegen der Befragte verneinend, so fand ein ganz anderes Rechtsverfahren nach der römischen Gerichtsordnung Statt. Jetzt trat der Prätor ein, dessen Decret folgenden Inhalts war: SI NEGAT, SACRAMENTO QUAERITO [53]). *Sacramentum* hieß in der römischen Pro-

52) Das Edict *de Interrogationibus*, und das Edict *de Confessis* waren zwey ganz verschiedene Edicte, welche *Hieron.* TREUTLER Selectar. Disputat. Vol. I. Disputat. IV Th. 1. Lit. D. fälschlich mit einander vermischt hat. S. WYBO cit. libr. Cap. I. pag. 4. sq.

53) S. WYBO de interrogationib. in iure Cap. VII. pag. 103. sqq. und meine *Opuscula* Fasc. II. pag. 381. *Sacramento quaerere* hieß aber soviel, als ad certam spondendam percuniam reum provocare, ni ita esset. S. HEINECCII Syntagma Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Lib. IV. Tit. 6. §. 25.

Prozeßordnung eine bestimmte Geldsumme, von 50 bis 500 asses, welche die streitenden Theile, vermöge einer gegenseitigen Sponsion, bey den Pontifizen deponirten, und der verlierende Theil dem geistlichen Aerarium zurücklassen mußte [54]). Zu dieser *Sponsio sacramenti* forderte nun der Kläger den Beklagten folgendermaßen auf: QUANDOQUIDEM NEGAS, TE LUCII TITII HEREDEM ESSE, TE SACRAMENTO QUINQUAGENARIO PROVOCO, SPONDESNE TE DATURUM QUINQUAGINTA, SI HERES SIS? Der auf diese Art aufgeforderte Gegner antwortete: SPONDEO QUINQUAGINTA, SI HERES SIM. Hierauf geschahe eine Restipulation, nämlich der letztere fragte nun wieder den Kläger: TU VERO SPONDESNE IDEM, NI SIM? Die Antwort des Klägers war: ET EGO QUOQUE SPONDEO [55])? Der Kläger mußte nun zuvörderst beweisen, daß der Befragte des verstorbenen Titius Erbe wirklich geworden sey, ehe er seine Klage gegen ihn anstellen konnte. Hatte der Kläger diesen Beweis geführt, so war die Folge des gegnerischen Läugnens die, daß er nicht nur die als Sacrament stipulirte Summe verlohr, sondern nun auch auf die Bezahlung der ganzen Schuld seines Erblassers belangt werden konnte, wenn er gleich nur Erbe zu einem gewissen Antheile war [56]). Dieselbe Strafe hatte Statt, wenn der

54) S. FESTUS in voc. *Sacramentum*. edit. *Andr.* DACERII pag. 469. und VARRO *de Lingua Latina* Lib. IV. cap. 36. und besonders *Ioh. Frid.* SCHREITER Dissertat. Sacramentorum in veteris Romae iudiciis solemnium Antiquitates. *Lipsiae* 1740.

55) SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 21. WYBO c. l. pag. 105. und HEINECCIUS c. l.

56) WYBO c. l. pag. 97. sq.

Beklagte fälschlich einen geringern Theil der Erbschaft angab, als er wirklich hatte.

L. 11. §. 3. *D. h. t.* Si cum esset quis ex semisse heres, dixerit se ex quadrante: mendacii hanc poenam feret, *quod in solidum convenitur.* Non enim debuit mentiri, dum se minoris portionis heredem adseverat.

Bey Noxalklagen bestand die Strafe des Läugnens darin, daß der Beklagte nun den Schaden schlechterdings ersetzen mußte, und das Recht der noxae datio verlohr.

L. 1. §. 15. *D. Si quadrupes pauper, fecisse dicat.* Interdum autem dominus in hoc non convenietur, ut noxae dedat, *sed etiam in solidum:* utputa, si in iure interrogatus, *an sua quadrupes esset,* responderit, *non esse suam.* Nam si constiterit esse eius, *in solidum condemnabitur.*

L. 17. *D. h. t.* Si servus non sit unius, sed plurium, et omnes mentiti sunt, *eum in sua potestate non esse,* vel quidam ex illis; aut dolo fecerunt, quomins sit in potestate: *unusquisque illorum tenebitur in solidum;* quemadmodum tenerentur, si haberent in potestate [57]).

Gab

57) Diese letztern Worte sind etwas dunkel, und werden von den Auslegern sehr verschieden erklärt. Accursius supplirt nach haberent in potestate, die Worte: *et negarent.* Allein dies paßt ganz und gar nicht. Denn auf solche Art wäre ja nur das Nämliche noch einmal gesagt, also idem per idem erklärt. *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad h. L. will daher vielmehr folgendes suppliren: *nec vellent noxae dedere.* Denn wenn der Eigenthümer, welcher den Sclaven geständlich in seiner Gewalt hatte, denselben nicht zum Schadensersatz überlassen wollte.

Gab der Befragte aus Ungehorsam gar keine Antwort, so wurde er zur Strafe als ein solcher behandelt, welcher die Frage bejahet habe, und konnte nun eben so, wie derjenige, welcher wider besseres Wissen geläugnet hatte, auf das Ganze belangt werden [58]). Eben

dies wollte, so haftete er immer in solidum. *L.* 22. §. 3. *D. de noxal. action.* POTHIER in Pandect. Iustin Tom. I. h. t. Nr. X. Not. h. pag. 328. stimmt der Faberschen Erklärung bey, und stellt sich die Sache auf folgende Art vor. *Qui mentitur*, sagt er, *se non habere servum, aut qui dolo desiit eum habere, ambo nolunt eum noxae dedere; ideo enim is mentitur, ille desinit habere, ne noxae dedant; ergo aeque debent solidam litis aestimationem praestare, atque illi, qui servum possident, nec eum volunt noxae dedere.* Allein richtiger erklärt WYBO cit. libr. Cap. VII. pag. 98. sqq. die letztern Worte der *L.* 17. *h. t.* von dem Falle, wenn diejenigen, welche für die Eigenthümer des schädlichen Sklavens gehalten wurden, solches, auf Befragen, arglistig bejahet hatten. Diese hafteten nun, als wären sie wirkliche Eigenthümer, und zwar, da sie den Sklaven nicht noxae causa überlassen konnten, in solidum. Gerade so werden auch bey der actione de pauperie beyde Fälle, da der Nichteigenthümer das schädliche Thier, auf Befragen vor Gericht, für das seinige ausgegeben, und da der Eigenthümer arglistig geläugnet hat, daß ihm das Thier gehöre, *L.* 7. *D. h. t.* und *L.* 1. §. 15. *D. Si quadrupes* zusammengestellt. Denn daß beyde Fragmente, welche aus dem nämlichen *Libro* 18. *Ulpiani ad Edictum* genommen sind, zusammengehören, und gleichsam uno spiritu zu lesen sind, hat *Henr.* BRENCMANN in Diss. de Legum inscriptionibus §. 10. in fin. (bey *Ab.* WIELING in *Iurisprud. restituta.* P. II. pag. 157.) sehr richtig bemerkt.

58) Man vergleiche hier wieder vorzüglich *Io.* WYBO libr. cit. de interrogat. in iure. Cap. X. pag. 149. sqq. Mit ihm stimmen auch überein VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 9. *Aemil.* *Lud.*

dies galt auch, wenn er auf die Frage nicht passend, oder so dunkel geantwortet hatte, daß der Fragende dabey in der vorigen Ungewißheit blieb. Denn die Strafe war die nämliche, ob der Befragte läugnete, oder gar nicht antwortete, oder eine dunkle oder unpassende Antwort gab. Der Unterschied bestand blos in dem rechtlichen Verfahren. Denn schwieg der Befragte, ohne auf die ihm vorgelegte Frage einige oder eine passende Antwort zu geben, so fiel hier Sponsio sacramenti weg, welche im Falle eines böslichen Läugnens Statt hatte, und der Kläger konnte nun die Klage sogleich auf das Ganze anstellen, ohne daß ihm ein weiterer Beweis oblag, daß der Beklagte diejenige Qualität wirklich habe, welche die Anstellung seiner Klage voraussetzte. Die Klage selbst lautete in dem römischen Gerichtsstyle ohngefähr so: QUANDO NEQUE AIS, NEQUE NEGAS, TE LUCII TITII HEREDEM ESSE, ADEOQUE PRAETOREM CONTEMNIS; AIO TE MIHI CENTUM EX LUCII TITII HEREDITATE DARE OPORTERE [59]). Hieraus erklären sich nun folgende von vielen [60]) mißverstandene Gesetzstellen.

L. 11.

Lud. HOMBERGK ZU VACH in Diss. de oblatione ad litem. §. 19. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 3. Th. §. 1262.

59) WYBO cit. loc. pag. 162.

60) Z. B. *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 11. §. 4. D. h. t. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXII. cap. 27. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. XXXI. Th. 6. und MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. I. §. 244. behaupten, der aus Ungehorsam Nichtantwortende sey nach *L.* 11. §. 4. *D. h. t.* als Leugnender zu behandeln, und der Kläger zum Beweis zuzulassen. Allein die *L.* 11. §. 4. *h. t.* sagt mit keinem Worte, das der Schweigende pro negante zu halten sey, sondern er sey als

L. 11. §. 4. *D. h. t.* Qui TACUIT quoque [61]) apud Paetorem, in ea causa est, *ut instituta actione in solidum*

als contumax zu behandeln, und daher sein Schweigen gegen ihn zu erklären. Müßte er als ein Leugnender behandelt werden, so könnte die Klage nicht gleich auf das Solidum gegen ihn Statt finden, wie doch das Gesetz will, sondern der Kläger müßte zuvörderst den Beweis des als abgeleugnet angenommenen führen. Dies braucht aber in diesem Falle der Kläger nicht. Nur die Strafe des Ungehorsams bey dem Schweigen ist der Strafe des boshaften Abläugnens gleichgesetzt. Daß außerdem der aus Ungehorsam nicht Antwortende als Geständiger in Ansehung der ihm gemachten Frage zu behandeln sey, setzt die *L.* 18. §. 2. *D. de probat.* außer Zweifel. Interrogationis factae probationem, sagt daselbst Ulpian, actori imponi debere, id est, ei, qui in iure interrogatum dixit respondisse, se solum heredem esse: vel, *si tacuisse dicatur interrogatus*, aeque tantundem erit dicendum, *imposita probatione, non ei, qui excepit, se non respondisse, sed actori:* so sind die letztern Worte nach Baudoza zu lesen, statt der fehlerhaften florentinischen Leseart: *impositam improbationem*, welche keinen Sinn hat. Eben so, wie Baudoza, lieset auch unser Erlanger Codex. Wozu nun dieser Beweis, wenn nicht der Schweigende als ein solcher anzusehen wäre, der die Frage bejahet hat? S. WYBO Cap. X. pag. 155. sqq.

61) LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 9. hält das *quoque* für ein ineptum glossema, welches weggestrichen werden müsse. Es fehlt auch bey Haloander, und Baudoza. Bey Russard und Gothofredus aber ist es eingeklammert. Allein das *quoque* hat hier einen ganz richtigen Sinn nach der florentinischen Leseart, mit welcher auch unser Erlanger Codex übereinstimmt. Es soll nämlich das Vorhergehende mit dem Nachfolgenden verbinden, und anzeigen, daß hier ein solcher Fall anzunehmen sey, wo der Schweigende wirklich nicht heres ex asse, wofür er nun wegen seines Ungehorsams ange-

dum conveniatur, quasi negavit se heredem esse. *Nam qui omnino non respondit, contumax est.* Contumaciae autem poenam hanc ferre debet, *ut in solidum conveniatur*, quemadmodum si negasset; quia Praetorem contemnere videtur.

L. 11. §. 5. *D. eodem.* Quod autem ait Praetor: *Omnino non respondisse*, posteriores sic exceperunt, ut omnino non respondisse videatur, *qui ad interrogatum non respondit.*

L. 11. §. 7. *D. eodem.* Nihil interest, *neget* quis, an *taceat* interrogatus, an *obscure respondeat*, ut incertum dimittat interrogatorem.

So konnte sich also der vor Gericht Befragte durch seine Antwort oder Nichtantwort eine Verbindlichkeit zuziehen, welche der dem Gegner zustehenden Hauptklage die neue Eigenschaft gab, daß sie nun entweder gegen den Befragten in einem Falle angestellt werden konnte, wo sie sonst gegen ihn nicht Statt gefunden hätte, oder auch nun auf Mehreres gerichtet werden konnte, als sonst der Beklagte hätte leisten dürfen, ohne daß der Kläger wegen dieser pluris petitio einigen Nachtheil zu befürchten hatte. Von dieser adiectitia qualitas bekam jetzt die Klage den Beysatz *interrogatoria*. Z. B. wenn derjenige, welchen ich gefragt hatte, ob er meines Schuldners, des verstorbenen Titius, Erbe geworden sey, dieses bejahete, oder

angesehen wird. Denn sonst wäre es keine Strafe. Diese war aber nun für den Beklagten empfindlich genug, wenn er, als heres ex parte, jetzt die ganze Schuld des Erblassers bezahlen mußte. S. WYBO cit. libr. Cap. X. pag. 153.

oder schwieg, so klagte ich nun gerabezu gegen ihn mit der *actio mutui interrogatoria* auf die Bezahlung der ganzen Schuld, wenn er auch gleich gar nicht Erbe oder nicht heres ex asse war; oder wenn bey der actio de pauperie der Beklagte war gefragt worden, ob ihm das schädliche Thier gehöre, und er hatte die Frage fälschlich bejahet, so bekam die Klage nun noch das ἐπίθετον *interrogatoria* [62]). Gründete sich diese Klage auf eine bejahende Antwort oder Geständniß des Befragten, so erhielt sie auch den Beysatz *confessoria* [63]). Es ergiebt sich hieraus Folgendes.

1) Die *actio interrogatoria* oder *confessoria* ist an sich keine eigene Klage, sondern nur Qualität einer andern Hauptklage, und läßt sich daher ohne das Daseyn einer andern Hauptklage, welche dadurch eine gesetzliche Modification erhält, gar nicht gedenken [64]). **Joh. Robert** [65]) und **Georg Frantzke** [66]) irren daher offenbar, wenn sie behaupten, daß die bloße Antwort des vor Gericht Befragten schon an sich eine Klage habe begründen können, wenn auch sonst keine andere Klage Statt hatte. Sie setzen sogar darin den Grund, warum die actiones interrogatoriae in der Folge außer Gebrauch gekommen wären, weil man ein solches Rechtsverfahren für unbillig gehalten habe. Ich will hier nur den **Frantzke** reden lassen, damit man sieht, daß ich ihm hierin nichts ohne Grund

62) S. HOMMEL Progr. cit. de interrogat. in iure faciend. pag. 12.

63) *L. 23. §. ult. L. 25. §. 1. D. ad leg. Aquil.*

64) S. WYBO libr. cit. Cap. I. pag. 13. sqq.

65) Sententiar. iuris Lib. IV. Cap. 18.

66) Commentar. in viginti et unum libr. Pandectar. h. t. nr. 12.

Grund zur Last lege. Er sagt nämlich: Sed postquam sequentibus temporibus Praetori, et aliis ius reddentibus iniquum videretur, ut vel is, qui nullam haberet ab initio actionem, eam sibi nulla praecedente obligatione vel iure quaesito ex hac interrogatione pararet, vel, qui quidem haberet, captata tamen interrogandi occasione media probationum a reo expiscaretur, et in suum commodum adversus reum converteret, actiones hae in desuetudinem abierunt. Allein diese Ansicht ist ganz offenbar unrichtig. Hatte der Fragende keine Klage, so konnte auch der, welcher fälschlich geantwortet, und absichtlich gelogen hatte, mit keiner actio iuterrogatoria belangt werden, wie **Paulus** ganz deutlich lehrt, wenn er *L.* 13. *pr. D. h. t.* sagt:

Confessionibus falsis respondentes, ita obligantur, si eius nomine, de quo quis interrogatus sit, *cum aliquo sit actio:* quia quae cum alio actio esset, si dominus esset, in nosmet confessione nostra conferemus. Ueberhaupt wurde,

2) wenn die actio interrogatoria Statt haben sollte, als nothwendige Bedingung erfordert, daß die Antwort des Befragten nichts enthielt, was entweder der Natur der Sache, oder sonst anerkannten Rechtsgrundsätzen entgegen stritte, sonst verpflichtet auch eine falsche Antwort nicht. Denn auch die Lüge darf nichts physisch oder moralisch unmögliches enthalten. **Paulus** hat diesen Umstand ausdrücklich bemerkt, wenn er *L.* 13. *D. h. t.* sagt:

Et si eum, qui in potestate patris esset, respondissem, *filium meum esse*, ita me obligari, si aetas eius pateretur, ut filius meus esse possit: *quia falsae confes-*

siones

ſiones naturalibus convenire debent [67]: propter quae fiat, ut patrisfamilias nomine reſpondendo, non obliget. Eum, qui patremfamilias, *ſuum eſſe* reſponderit *ſervum*, non teneri noxali actione: ac ne ſi bona fide liber homo mihi ſerviat, mecum noxali iudicio agi poteſt: et ſi actum fuerit, manebit integra actio cum ipſo, qui admiſit.

Eben dies beſtärkt auch Javolen *L.* 14. *D. eod.* wo es heißt:

Si is, cuius nomine noxae iudicium acceptum eſt, manente iudicio [68] liber iudicatus eſt, reus abſolvi debet: nec quidquam interrogatio in iure facta proderit: quia eius perſonae, cuius nomine quis cum alio actionem habet, obligationem transferre non poteſt in eum, qui in iure ſuum eſſe confitetur; velut alienum ſervum, ſuum eſſe confitendo: liberi autem hominis nomine, quia cum alio actio non eſt, ne per interrogationem quidem aut confeſſionem transferri poterit. Quo caſu eveniet, ut non recte hominis liberi nomine actum ſit cum eo, qui confeſſus eſt.

§. 1. *In totum autem confeſſiones ita ratae ſunt, ſi id, quod in confeſſionem venit, et ius et naturam recipere poteſt* [69].

Ulpian

67) So hat Baudoza, und eben ſo Haloander. Die Florentine hingegen lieſet *deberent.* Allein jene Leſeart, mit der auch unſer Erlanger Codex übereinſtimmt, verdient unſtreitig den Vorzug. S. LEONINUS Emendation. Lib. III. Cap. 9.

68) I. e. pendente iudicio noxali. S. WYBO cit. libr. Cap. IX. pag. 143.

69) In den *Baſilic.* Tom. V. pag. 739. heißt es: *αἱ γὰρ καταθέσεις τότε ἔῤῥωνται, ὅτε καὶ τῷ νόμῳ καὶ τῇ Φύσει συμβαίνουσιν,* i. e.

Ulpian erläutert dieses noch *L. 16. D. h. t.* durch folgendes Beyspiel:

Si servus ab hostibus captus sit, de quo quis in iure interrogatus responderit, *in sua potestate esse:* quamvis iura postliminiorum possint efficere dubitare nos [70]), attamen non puto locum esse noxali actioni: quia non est in nostra potestate.

§. I. Quanquam autem placet, etiam eum teneri, qui alienum servum suum esse fassus esset, attamen rectissime placuit, eum demum teneri, *qui suum potuit habere.* Caeterum, *qui dominium quaerere non potuit* [71]), non teneri.

Hier-

i. e. *confessiones enim tunc ratae sunt, cum et iuri et naturae consentaneae sunt.*

70) So lieset die Florentine und Baudoza. Haloander hingegen hat: *quamvis iure postliminium possit interim nos efficere dubitare.* Dieser Leseart giebt vorzüglich AUGUSTINUS Emendation. Lib. I. cap. 2. seinen Beyfall. Der Erlanger Codex hat für *efficere*, interim reficere, welches aber gar keinen Sinn hat. Die florentinische Leseart ist wohl hier die richtigste, für welche noch insbesondere das Zeugniß des Scholiasten ad *Basilica* Lib. XLII. Tit. 4. Tom. V. pag. 744. not. c. spricht, welcher hier folgende Bemerkung macht: Εἰ γὰρ καὶ τὸ δίκαιον τȣ̃ ποςλιμινίου ποιεῖ ἀμφιβάλλειν ἡμᾶς, μήποτε ὀφείλομεν κατέχεσθαι ὑπὲρ αὐτȣ̃, ὅμως ἤρεσεν μὴ κατέχεσβαὶ με τῇ νοξαλίᾳ· ἐπειδὴ μὴ ἐςιν ὑπὸ τὴν χεῖρὰ μου. i. e. *Quamvis enim ius postliminii possit efficere dubitare nos, numquid pro eo teneamur, tamen placuit, me noxali non teneri, quia in potestate mea non est.*

71) Accursius giebt hier ein erbauliches Beyspiel zur Erläuterung: *Si Iudaeus mancipium christianum suum esse respondit.* Sicher hätte sich der große Ulpian hierüber halb tod gelacht!

Hiermit ist noch die *L.* 23. §. *fin. D. ad Legem, Aquil.* zu verbinden, wo Ulpian sagt:

Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse, et postea paratus sit ostendere, hominem vivum esse; *Iulianus* scribit, cessare Aquiliam: quamvis confessus sit se occidisse. Hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere, eum occidisse. Caeterum occisum esse hominem a quocunque oportet.

Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn der Nichtantwortende zur Strafe seines Ungehorsams als Geständiger behandelt wird. Hieraus erklärt sich die so sehr mißverstandene *L.* 12. *pr. D. h. t.* wo Paulus sagt:

Si filius, qui abstinuit se paterna hereditate, in iure interrogatus responderit, *se heredem esse*, tenebitur: nam ita respondendo, *pro herede gessisse videtur.* Sin autem filius, qui se abstinuit, *interrogatus tacuerit*, succurrendum est ei: *quia hunc, qui abstinuit, Praetor non habet heredis loco.*

Cujaz [72]) giebt uns von dieser Stelle folgende Erklärung: „Filium, qui patri suus heres extitit, beneficio Praetoris si abstinuerit se hereditate paterna, et postea interrogatus apud Praetorem, an patri defuncto heres esset, responderit, se heredem esse, PAULUS ait in *L.* 12. *h. t.* ex suo mendacio teneri in solidum, perinde atque si pro herede gessisset, non abstinuisset se. Non dicit, eum, qui semel abstinuit se, postea pro herede gerere, quae variatio etiam non

72) Observation. Lib. XXII. cap. 27.

non admittitur, ſed eum, qui poſt abſtentionem apud Praetorem reſpondit, ſe heredem eſſe, perinde teneri, ac ſi ſe non abſtinuiſſet, ſed pro herede geſſiſſet; teneri ex ſua reſponſione, ex ſuo mendacio. — Qui enim apud Praetorem poſt abſtentionem dixit, ſe heredem eſſe, Praetori mentitus eſt, quia Praetori non eſt heres."

„An idem dicemus, ſi interrogatus apud Praetorem, *an heres eſſet*, tacuerit, ut ſcilicet teneatur in ſolidum? quod videtur, quia in ea cauſa eſt, ut *negaſſe* videatur. *L.* 11. §. 4. *et* 7. *D. h. t.* Filius enim, qui ſe abſtinet hereditate paterna, et interrogatus, an heres ſit, tacet, *negaſſe videtur ſe heredem eſſe;* quod quia falſum eſt, iure enim civili heres manet, etiam qui abſtinuit ſe, ideo in ſolidum teneri videtur. At recte PAULUS ait, ei ſuccurrendum eſſe, ne teneatur, quia et ſi taciturnitas eius *pro negatione* habeatur, verum eſt, apud Praetorem eum heredem non eſſe. Praetori itaque non mentitur, qui apud eum interrogatus, poſteaquam ſe abſtinuit, an heres ſit, tacet, quod eſt tacendo negat."

„At idem, qui ſe abſtinuit, ſi apud Praetorem adfirmet, ſe heredem eſſe, ſane Praetori mentitur, et ideo hic tenetur in ſolidum, ille non item."

Allein der große Cujaz ſcheint mir die Sache aus einem ganz falſchen Geſichtspunct angeſehen zu haben. Wenn ein ſuus heres, der ſich von der väterlichen Erbſchaft loßgeſagt hatte, nachher dennoch den Gläubigern auf ihr Befragen vor Gericht antwortet, er ſey Erbe ſei-

nes

nes Vaters, wie kann man diese Aeußerung für eine Lüge erklären? Das Gesetz sagt ja kein Wort davon; sondern setzt den Grund, aus welchem nun der Interrogatus den Gläubigern haftе, darin, *quod, ita respondendo, pro herede gessisse videatur.* Und dies ist auch ganz richtig, denn einem suus heres, welcher abstinirt hatte, war es ja nach dem ältern Recht noch immer erlaubt, die Erbschaft, von welcher er sich loßgesagt hatte, wieder zu übernehmen; so lange die Güter noch nicht veräußert waren, und er bedurfte, um die Erbschaft wieder zu erhalten, nicht einmal der Restitutions-Wohlthat [73]). Mit Recht haftete also der suus heres aus seiner Antwort, er sey Erbe seines Vaters, den Gläubigern, weil seine Erklärung nicht dem Recht entgegenstritte, sondern vielmehr als gesetzmäßig und also mit Recht pro herede gestione angenommen werden konnte. *Etenim quamquam eum*, sagt Anton Faber [74]), *qui se abstinet, non habet Praetor heredis loco, id tamen intelligi debet, quamdiu se abstinet, non etiam, si post abstentionem rursus velit se immiscere, ac pro herede gerere. Permittitur enim illi, ut post abstentionem se immisceat, sive maior sit, sive minor, quamdiu omnia sunt integra, necdum vendita sunt bona.*

Ganz anders verhielt sich die Sache, wenn der suus heres, welcher abstinirt hatte, dem Gläubiger, der ihn fragte, ob er Erbe sey, nicht antwortete. Hier konnte der Prätor den Schweigenden nicht als Geständigen oder Be-

S 2 jahen-

73) L. 8. *D. de iure delib.* L. *ult. Cod. de repud. vel abstin. hered.* S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de suo herede ab hereditate se abstinente Cap. II. §. 17. (in *Electis iuris civ.* Tom. I. Exercit. IV. pag. 115. sq.).

74) Rational. in Pandect. ad h. L.

jahenden behandeln, weil er sonst mit sich selbst im Widerspruch gewesen wäre, da er den suus heres, welcher einmal abstinirt hatte, in Absicht auf die erbschaftlichen Lasten, nicht mehr für einen Erben hielt. Er konnte aber auch eben so wenig als ein Läugnender angesehen werden. Denn sonst hätte dem Fragenden der Beweiß des Gegentheils müssen aufgelegt werden. Wie hätte denn aber derselbe beweisen können, daß der Befragte Erbe geworden sey, da dieser von der Erbschaft abstinirt hatte? Der Befragte konnte also hier aus seinem Stillschweigen auf keine Weise verbindlich werden. Diesen richtigen Sinn unsers Fragments bestätigen auch die Basiliken[75]), in welchen es so lautet. Ο ἀποςὰς τῆς αὐτȣ̃ πατρὸς κληρονομίας, ἐὰν ἐν δικαςηρίῳ ἐρωτηθεὶς εἴπῃ κληρονομεῖν, ἐνέχεται: δοκεῖ γάρ διὰ τουτου χειρίσαι τὰ τῆς κληρονομίας. εἰ δέ σιωπήσῃ, οὐκ ἐνέχεται. i. e. *Si filius, qui abſtinuit, ſe paterna hereditate; in iure interrogatus, reſponderit, ſe heredem eſſe, tenetur: nam ita pro herede geſſiſſe videtur: ſin autem tacuerit, non tenetur.*

3) Aus dem Vorigen ergiebt sich weiter, daß bey der actio interrogatoria alles auf den Beweis der Hauptklage ankam. Konnte diese nicht bewiesen werden, oder standen dieser peremtorische Einreden entgegen, so konnte den Beklagten auch seine falsche Antwort nicht verdammen, etwas zu bezahlen, was der Kläger nicht zu fordern hatte. Wenn also der Klage die exceptio pacti de non petendo, oder exceptio rei iudicatae, oder die exceptio praeſcriptionis entgegenstand, so konnte sich auch derjenige, welcher aus seiner Antwort belangt wurde, dieser Einreden

75) Tom. V. pag. 738.

den bedienen, welche der wahre Beklagte würde opponirt haben. Denn er lud durch sein Geständniß die fremde Klage auf sich. Quae cum alio actio esset, sagt Paulus [76]), *in nosmet confessione nostra conferemus*. Hieraus leitet er nun *L.* 12. §. 1. *D. h. t.* die ganz richtige Folge her:

Exceptionibus, quae institutis in iudicio contra reos actionibus opponuntur, etiam is uti potest, *qui ex sua responsione convenitur:* veluti pacti conventi, rei iudicatae et caeteris.

4) Man behauptet fast allgemein, daß sich die actio interrogatoria auf einen Quasi-Contract gründe [77]). Dafür soll Frage und Antwort gelten. Denn der Befragte werde blos aus seiner Antwort verbindlich, er möge die Wahrheit gesagt, oder gelogen haben. Alle berufen sich auf den Ausspruch Ulpians *L.* 11. §. 9. *D. h. t.* welcher sagt:

Qui interrogatus responderit, sic tenetur, *quasi ex contractu obligatus*, *pro quo pulsabitur*, dum ab adversario inrerrogatur. Sed et si a Praetore fuerit interrogatus, nihil facit Praetoris auctoritas: sed ipsius responsum, sive mendacium.

 Nur

76) *L.* 13. D. *h. t.*

77) S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 252. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXXI. §. 9. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. HEINECCIUS in Opuscul. postum. de histor. Edictor. pag. 520. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 9. WYBO cit. libr. Cap. I. pag. 19. et Cap. V. pag. 84. HOMMEL cit. Progr. pag. 11. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. I. §. 244. u. IV. u. a. m.

Nur **Joh. Ortwin Westenberg** [78]) verwirft diese Meinung, und **Christ. Gotth. Hübner** [79]) nimmt eine conventio tacita zum Grunde an. Allein offenbar redet das Gesetz von einem solchen Falle, da Jemand wegen eines geschlossenen Contracts befragt worden, und der Befragte dieses bejahet hat, ohnerachtet er den Contract wirklich nicht geschlossen hatte. Blos in diesem Falle wird er durch seine lügenhafte Antwort eben so verbindlich, als ob er den Contract wirklich geschlossen hätte. So versteht diese Stelle auch **Anton Faber** [80]). Der Beweis für die Richtigkeit dieser Erklärung liegt erstens in dem Gesetz selbst. Denn darin wird gesagt, es sey gleichviel, ob derjenige, welcher aus seiner Antwort belangt wird, vom Prätor oder vom Gegner gefragt worden sey, der Grund sey in dem einem Falle, wie in dem andern derselbe, nämlich *responsum sive mandacium interrogati.* Wie konnte denn nun die vom Prätor geschehene Frage einen Quasi-Contract bewirken? Für jene Erklärung sprechen zweytens die Basiliken [81]), in welchen unsere Stelle folgendermaßen lautet: Ο᾽ ἐρωτηθεὶς καὶ ἀποκρινόμενος ἐνέχεται ὡς ἀπὸ τȣ͂ πρωτοτύπου συναλλάγματος. Η ἐρώτησις τȣ͂ Πραίτωρος οὐδὲν ποιεῖ, ἀλλ᾽ ἡ ἀπόκρισις, ἢ τὸ ψεδδος αυτȣ͂ τȣ͂ ἀποκρινομένου. i. e. *Qui interrogatus responderit, tenetur quasi ex principali contractu. Interrogatio Praetoris*

78) De causis obligationum Dissertat. II. §. 24—26. in *Operib.* a IUNGIO edit. Tom. I. Sect. II. pag. 79.

79) De natura obligationum, quae quasi ex contractu et quae quasi ex delicto nasc. Conjectur. Cap. III. pag. 35.

80) Rational in Pandect. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 498.

81) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 4. pag. 737.

toris nihil facit, sed responsum, vel *mendacium respondentis*. Hierzu kommt drittens, daß aus einem Quasi-Contract eine eigene und Hauptklage entsteht. Es kann daher keine Verbindlichkeit quasi ex contractu hergeleitet werden, welche keine neue, eigene und Hauptklage, sondern nur eine actio adjectitiae qualitatis hervorbringt [82]). Nicht zu gedenken, daß nur aus erlaubten Handlungen obligationes quasi ex contractu entstehen [83]), und also aus einem mendacio oder contumacia wohl nicht füglich hergeleitet werden können. Endlich bestärkt unsere Erklärung auch die Leseart, welche Haloander und Baudoza haben, bey denen es heißt: *quasi ex contractu* EIUS *obligatus, pro quo pulsabatur, dum ab adversario interrogaretur*. Nach dieser richtigern Leseart ist hier offenbar von einem Contract die Rede, den ein Anderer geschlossen hat, und aus welchem der Befragte nun, weil er ihn durch seine Antwort zu dem seinigen gemacht hat, jetzt eben so belangt werden kann, als ob er ihn wirklich geschlossen hätte, so wie es bey einer actio adjectitiae qualitatis der Fall ist.

5) Sofern der Beklagte durch seine Antwort eine fremde Klage auf sich lud, wurde zwar der wahre Beklagte dadurch von des Klägers Anspruche befreyet; jedoch galt dies nur hauptsächlich bey Noxalklagen, bey welchen der wahre Besitzer nicht aus seiner eigenen Handlung, sondern aus einem fremden Factum belangt wird. Hier befreyte derjenige, welcher mit der actione interro-

82) S. HÜBNER Cit. Conjectur. de natura obligation. quae quasi ex contr. nasc. Cap. III. pag. 37.

83) Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 9. S. 19.

gatoria, als vorgegebener Eigenthümer, in Anspruch genommen wurde, den wahren Besitzer. Sofern es hingegen auf eine **eigene Handlung** des Beklagten ankam, auf welche die Klage gegründet werden mußte, z. B. ob Jemand Erbe eines Verstorbenen geworden sey, so wurde der wahre Beklagte nicht befreyt, wenn gleich der deshalb vor Gericht Befragte die Handlung desselben durch die falsche Antwort, er sey der Auctor, auf sich genommen hatte. War die fremde Handlung eine unerlaubte, so trat noch der besondere Grund hinzu, daß die That bey dem wahren Urheber nicht ungestraft bleibe [84]). Hätte jedoch der Befragte nur darum falsch geantwortet, um den wahren Auctor zu vertheidigen, und seine Geschäfte geriren zu wollen; oder auch weil er einen Auftrag dazu erhalten hatte; so würde sich der wahre Auctor mit einer Exception schützen können, wenn er etwa auch noch belangt werden sollte. Denn er muß ja nun seinen Defensor oder Mandatar entschädigen, wenn dieser actione negotiorum gestorum oder mandati gegen ihn klagt. **Paulus** faßt alles dieses in folgender Stelle zusammen.

L. 20. pr. D. h. t. Qui servum alienum responderit *suum esse*, si noxali iudicio conventus sit, dominum liberat: aliter atque si quis confessus sit, *se occidisse servum*, quem alius occidit; vel si quis responderit, *se heredem*: nam his casibus non liberatur, qui fecit, vel qui

84) Es war überdem hier auch eine ganz verschiedene causa obligationis vorhanden. Der Befragte haftete aus seiner Antwort mit der actio interrogatoria, der andere als wahrer Urheber aus seiner unerlaubten Handlung mit der actio Legis Aquiliae directa. S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 20. D. h. t. Tom. II. P. II pag. 509. sq.

qui heres est. Nec haec inter se contraria: nam superiore casu ex persona servi duo tenentur [85]), sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento, alter quoque liberatur. At is, qui confitetur *se occidisse*, vel *vulnerasse*, suo nomine tenetur: nec debet impunitum esse delictum eius, qui fecit, propter eum, qui respondit: nisi *quasi defensor* eius, qui admisit, vel *heredis*, *litem subiit hoc genere* [86]) tunc enim in factum exceptione data, summovendus est actor, quia ille negotiorum gestorum vel mandati actione recepturus est, quod praestitit. Idem est in eo, qui mandatu heredis, *heredem se esse*, respondit, vel cum eum alias defendere vellet [87]).

Jedoch

85) Cod. Erlang. hat *non tenentur*. Eben so Baudoza. Allein die Florentinische Leseart hat die Auctorität der Basiliken für sich. In diesen heißt es Tom. V. Lib. XLII. Tit. 4. pag. 740. *οἱ δύο γὰρ ἐκ προσώπου τοῦ οἰκέτου κατεχόμεθα, ὡς ἐπὶ κοινιευῶν*. i. e. *duo enim ex persona servi tenemur, sicut in servis communibus.*

86) *Hoc genere* heißt hier soviel als hoc modo, wie *Scip.* GENTILIS Parergor. ad Pandect. Lib. I. cap. 15. pag. 38. (*Altdorfii* 1664. 8.) und in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 1288.) aus mehreren Stellen erwiesen hat.

87) Statt einer erläuternden Paraphrase kann hier die Erklärung des griechischen Scholiasten ad *Basilica* Tom. V. pag. 745. dienen, welcher not. g. nach Fabrots Uebersetzung sagt: *Qui servum alienum suum esse responderit, noxali actione eius nomine conventus, verum dominum actione liberat. — Aliud est, si quis dixerit, se occidisse servum, quem alius occidit: vel si quis, cum alius heres esset, se heredem esse confessus sit. Hic enim non liberatur, qui revera occidit, aut verus heres est.*

Nec

Jedoch kam es immer noch darauf an, in wiefern der aus seiner Antwort als vorgeblicher Auctor belangte den Kläger zu befriedigen im Stande war [88]). Denn konnte derselbe von dem falschen Auctor keine Bezahlung erhalten, so blieb ihm der Billigkeit wegen die Klage gegen den wahren Auctor unbenommen [89]). Dies lehrt uns Julian *L. 18. D. h. t.* wo er sagt:

Qui ex parte dimidia heres erit, cum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satisdationis onus evitare possit [90]), respondit, *se solum heredem esse,* et

Nec inter se hae species contrariae sunt: cum enim alienum servum meum esse dico, quoniam ego, qui falso respondi, eum servum meum esse, et verus eius dominus, ex persona servi convenimur, dominum eius libero: nam et in duobus servi dominis, quia singuli servi nomine tenentur, uno convento in solidum, alter liberatur. At is, qui dicit se occidisse, aut vulnerasse, quem alius occidit, aut vulneravit, suo nomine tenetur: et merito eum, qui revera occidit, non liberat, sicut et qui se heredem dicit, suo nomine tenetur: et ideo verum heredem non liberat. Interdum autem et hi eum, qui revera occidit, aut verum heredem liberant, si quasi defensores eius, qui admisit, litem subierint: nam si postea occisor aut verus heres conveniatur, exceptione in factum actionem repellent, ita concepta; at si non is agat, qui contra me actionem negotiorum gestorum vel mandati habet, per quam a me repetere potest, quae tibi pro me solvit.

88) *L. 26. §. 3. D. de noxal. action. L. 23. D. de solut. L. 10. §. 1. D. de in rem vers.* S. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. XXXI. §. 9.

89) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

90) Denn wer einen Beklagten namentlich vor Gericht vertheidiget, muß das onus satisdationis *iudicatum solvi* übernehmen.

et condemnatus eſt: quaerebat actor, cum ipſe ſolvendo non eſſet, an, reſciſſo ſuperiore iudicio, in eum, qui revera heres erat, actio dari deberet? *Proculus* reſpondit, *reſciſſo iudicio poſſe agi. Idque eſt verum* [91]).

6) Die actio interrogatoria war auch dann begründet, wenn gleich nur der Procurator für seinen Principal geantwortet hatte. Denn auch der Sachwalter kann in der Rechtssache seines Principals von dem Gegner desselben befragt werden, und er ist schuldig, über alle die Puncte vor Gericht Red und Antwort zu geben; über welche auch der Principal befragt werden konnte. Hat er jedoch falsch geantwortet, oder aus Ungehorsam nicht geantwortet, so macht er zwar sich dem Gegner verbindlich [92]), allein dem Principal präjudicirt er dadurch nicht [93]). Es gehören hierher folgende Stellen.

L. 39.

91) War also der aus seiner falschen Antwort in Anspruch genommene Interrogatus im Stande, die Schuld dem Gläubiger zu bezahlen, so hatte gegen den wahren Erben keine Klage weiter Statt, wenn jener auch dem Judicat noch kein Genüge geleistet hatte. S. POTHIER Pandect. Iuſtin, h. t. Nr. IX. not. f. Tom. I. pag. 328.

92) Er haftet dem Gegner auch noch insonderheit ex ſtipulatione iudicatum ſolvi, tanquam de re non defenſa. S. *Hub.* GIPHANII Lectum Altorfinae ad h. L. pag. 38. not. 3. et 4.

93) Anderer Meinung ist zwar *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 39. D. de Procurat. T. I. p. 335. und zwar aus dem Grunde: *quia procuratoris ſui factum improbare nemo poteſt in eo, quod procurator tanquam procurator facere coactus fuit, ne alioqui decipiatur, qui cum procuratore in iudicio, aut, quod plus eſt, in iure apud Praetorem quaſi contrahit.* Allein die

Folgen

L. 39 *pr. D. de Procurator.* Non ſolum autem in actionibus, et interdictis, et in ſtipulationibus debet dominum defendere, verum in interrogationibus quoque, ut in iure interrogatus ex omnibus cauſis reſpondeat, ex quibus dominus. *An igitur heres ſit abſens* 94), reſpondere debebit: et, *ſi reſponderit, vel tacuerit, tenebitur.*

L. 9. §. 4. *D. h. t.* *Celſus* libro 5. Digeſtorum ſcribit: Si defenſor in iudicio interrogatus, *an is, quem defendit, heres, vel quota ex parte ſit*, falſo reſponderit: ipſe quidem defenſor adverſario tenebitur; ipſi autem, quem defendit, nullum facit praeiudicium. Veram itaque eſſe *Celſi* ſententiam, dubium non eſt.

7) Die actio interrogatoria kann blos eine adjectitia qualitas von Perſonalklagen ſeyn. Bey Realklagen findet ſie nie Statt. Zwar können interrogationes in iure auch bey Realklagen vorkommen, um den Beſitzer bey der Reivindi-

Folgen eines Verſchuldens dürfen immer nur denjenigen treffen, der es begieng. Daher kann auch das Verſchulden des Anwalts der Parthey nicht zum Schaden gerechnet werden. S. Gönners Handbuch des teutſchen gemeinen Prozeſſes. 1. B. Nr. XXI. §. 15. S. 456.

94) Es iſt hier von keiner Abweſenheit, ſondern von der Qualität der Perſon die Frage, gegen welche die Klage angeſtellt werden ſollte. Unter *abſens* iſt alſo hier der Principal oder Eigenthümer des Rechtsſtreits zu verſtehen, und der Sinn der Worte iſt, der Procurator müſſe auf die Frage Antwort geben, ob ſein Principal Erbe ſey. Die Worte ſind nur nicht in der gehörigen Ordnung zuſammengeſtellt. Es ſollte heißen: *An igitur abſens ſit heres*, etc. Eine ſolche Synchiſis iſt in den Fragmenten der römiſchen Rechtsgelehrten nicht ungewöhnlich. S. WYBO de interrogat. in iure Cap. III. pag. 34.

vindication auszumitteln, wie schon bey einer andern Gelegenheit [95]) gezeigt worden, oder um im Falle einer anzustellenden Erbschaftsklage zu erfahren, ob der Beklagte pro herede oder pro possessore, oder titulo singulari besitze [96]). Es kann auch bey den Realklagen das vorsätzliche Abläugnen des Besitzes die Strafe des Verlusts desselben zur Folge haben, wie ebenfalls schon an einem andern Orte [97]) vorgekommen ist; ja daß derjenige, welcher sich muthwillig für den Besitzer ausgiebt, der er doch nicht ist, und hierdurch die Gefahr eines Rechtsstreits auf sich ladet, welchen er hätte abwenden können, wegen seines dolus als Besitzer hafte, ist eine bekannte Rechtswahrheit [98]). Allein in allen diesen Fällen ist keine actio interrogatoria nöthig, sondern hierauf geht schon die actio in rem, welche sowohl gegen dem wahren als fingirten Besitzer angestellt werden kann. Mit Unrecht läugnen daher viele [99]) den Gebrauch der Interrogationen bey den dinglichen Klagen überhaupt, deren Meinung Stryk [100]) und Aemil. Lud. Hombergk zu

95) Siehe des 8. Theils 1. Abth. §. 586. S. 196. Man vergleiche auch *Ulr.* HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. §. 1. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 2. und *Ant.* SCHULTING Thes. controversiar. Dec. XXXI. Th. 4.

96) *L.* 11. *Cod. de petit. heredit.*

97) Siehe den 8. Theil dieses Commentars S. 201.

98) *L.* 13. §. 13. *D. de heredit. petit.*

99) STRUV in Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 41. FRANTZKE Comm. ad Dig. h. t. nr. 4 — 8. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 2. BRANCHU Observat. ad ius Rom. Cap. XV. pag. 89. not. *) und besonders WYBO cit. libr. Cap. VIII.

100) Us. mod. Pandect h. t. §. 28.

zu Vach [1]) hinlänglich widerlegt hat. Callistratus sagt zwar freylich *L. 1. pr. D. h. t.*

Est autem interrogatio tunc necessaria, *cum in personam sit actio*, et ita si certum petatur.

Allein, ohne deshalb diesen Römischen Juristen mit Hommel [2]) eines turpis mendacii bezüchtigen zu dürfen, so lehrt ja der ganze Zusammenhang, daß die Meinung des Callistratus nur dahin gehet, nur bey persönlichen Klagen sey die Interrogation nöthig, wenn bey denselben eine actio interrogatoria begründet werden soll. Eben so richtig als gründlich erklärt sich hierüber Anton Faber [3]), wenn er sagt: Est quidem necessaria interrogatio etiam in actione in rem, sed non illa, *an adversarius heres sit, aut pro qua parte*, de qua potissimum a Praetore propositum est hoc Edictum, sed illa tantum, *an possideat, nec ne*, et pro qua parte. Nihil enim commune habet actio in rem cum qualitate et iure heredis, siquidem non habet aliam causam, quam *praesentem possessionem*, nec adversus alium datur, *quam adversus possidentem*. Hiermit stimmt auch der griechische Scholiast der Basiliken [4]) überein, welcher nach Fabrots Version sagt: *Est autem interrogatio tunc necessaria, cum personalem actionem intendere volo, et certum petere: nam si in rem actio sit, qui adversus possessorem agit, eius mentio-*

1) Diss. de oblatione ad litem §. 18.

2) Progr. cit. de interrogat. in iure faciend. pag. 19.

3) Rational. in Pandect. ad L. 1. pr. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 485. sq.

4) Tom. V. pag. 741.

mentionem facit: (μέμνηται ἐνάγων τοῖς νεμομένοις αὐτό.) *et cum incerta actio est, incertae quantitatis mentione facta, non est necesse scire, qua ex parte heres sit.* Endlich ist noch

8) zu bemerken, daß die actio interrogatoria nur dem Fragenden zu statten kommt; ein Dritter kann sich derselben auch nicht einmal utiliter bedienen, wenn er sich auch mit dem Fragenden in gleicher Lage befinden sollte. Der Grund hiervon ist, wie Voet [5]) ganz richtig sagt, die bekannte Regel: *quod res inter alios acta aliis nec prodest nec nocet* [6]). Hiernach entscheidet Scävola *L. ult. D. h. t.* welche Stelle schon oben (S. 256.). erklärt worden ist. Sofern die actio interrogatoria blos durch eine Lüge des Befragten oder durch desselben Ungehorsam begründet wird, geht sie auch nicht auf die Erben, wenn nicht schon lis bey Lebzeiten der Partheyen contestirt war [7]).

II. Die Interrogationen konnten jedoch nach der römischen Gerichtsordnung nicht nur von den Partheyen vor Gericht geschehen, sondern sie konnten auch von dem Prätor selbst an die Partheyen gemacht werden [8]). Denn jedem Richter muß selbst daran gelegen seyn, daß der Proceß nicht vergeblich geführt werde. Daher sagt Ulpian *L. 9. §. 1. D. h. t.*

Inter-

5) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10.

6) *L. 63. D. de re iudicata.*

7) *L. 26. §. 5. D. de noxal. action.* HOMMEL cit. Programm. pag. 13.

8) S. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disput. 23. Th. 2. und WYBO de interrogat. in iure. Cap. VI. pag. 84. Ohne Grund behauptet das Gegentheil CARRACH in Exercitat. de interrogat. in iure, earumq. defectu in foris germ. §. 8.

Interrogatum non solum *a Praetore* accipere debemus, sed et ab adversario.

Hatte der Gegner schon gefragt, die Antwort aber war unzulänglich, so konnte der Prätor auf eine vollständigere Antwort dringen. Ulpian lehrt dies ebenfalls *L.* 9. §. 6. *D. eodem.* wo er sagt:

Summatim Praetor cognoscere debebit, cum quaeratur, an quis respondere debeat, quo iure heres sit: *ut, si valde interesse compererit, plenius respondere iubeat.*

Uebrigens hatte die Auctorität des Prätors keinen Einfluß auf die Frage. Alles kam auf die Antwort des Gefragten an, darnach richtete sich auch die actio interrogatoria; wie aus *L.* 11. §. 9. *D. h. t.* erhellet, wo es heißt:

Sed et *si a Praetore fuerit interrogatus*, nihil facit *Praetoris auctoritas: sed ipsius responsum*, sive *mendacium.*

Es war auch hier kein Unterschied, die anzustellende Klage mochte eine persönliche oder dingliche seyn. Z. B. bey der Reivindication konnte der Richter den Beklagten fragen, ob er die in Anspruch genommene Sache besitze [9]. Nur darin wollen viele [10]) einen Unterschied finden, daß der Richter in jedem Theile des Prozesses, und also sowohl vor, als nach der Litiscontestation an die Partheyen Fragen thun könne, so oft es die Billigkeit erfordert. Allein daß die *L.* 21. *D. h. t.*

Ubi-

9) *L.* 9. *D. de Rei vindicat.* S. den 8. Th. dieses Commentars §. 586. S. 197.

10) VOET Commentar. in Pand. h. t. §. 4. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 31.

Ubicunque iudicem aequitas moverit, *aeque oportere fieri interrogationem*, dubium non est; eine ganz andere Beziehung habe, ist schon an einem andern Orte [11]) gezeigt worden.

§. 746.

Heutiger Gebrauch der Interrogationen und der interrogatorischen Klagen.

Ueber den heutigen Gebrauch dieser Rechtslehre sind die Rechtsgelehrten nicht einerley Meinung. Einige [12]) läugnen denselben schlechterdings. Sie glauben, daß schon längst zu Justinians Zeiten sowohl die Interrogationen, als die actiones interrogatoriae außer Gebrauch gewesen wären, seitdem unter Theodos II. und Valentinian III. die alten Formeln im Prozeß abgeschafft worden sind [13]); und Tribonian habe diesen Titel darum in die Pandecten aufgenommen, um seinem Auftrage, das alte Recht aus den Schriften der Röm. Rechtsgelehrten in den 50 Büchern der Pandecten zusammen zustellen, ein Genüge zu leisten. Andere [14]) hingegen unterscheiden zwischen den Interrogationen und interrogatorischen Klagen. Nur letztere seyen aufgehoben, erstere hingegen hätten noch jetzt ihren Nutzen.

Noch

11) S. Not. 27. S. 251.

12) *Io. Phil.* CARRACH Exercit. iur. de interrogat. in iure earumque defectu in foris germ. §. 10. Dan. Nettelbladt Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 221. und Danz Grundsätze des ordentl. Prozesses §. 74. Not c. S. 189. der Gönnerschen Ausgabe.

13) *L. 2. C. de form. et impetrat. action. sublat.*

14) VOET h. t. §. 4. HOMMEL cit. Progr. pag. 26.

Noch andere behaupten [15]), die actiones interrogatoriae wären zwar nicht aufgehoben, sondern auch noch zu Justinians Zeiten im Gebrauche gewesen. Allein sie seyen nicht mehr nothwendig, und kämen daher jetzt seltener vor. Dies sey der Sinn der bestrittenen Stelle des Callistratus, *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

Interrogatoriis actionibus *hodie non utimur*, ideoque *minus frequentantur*.

Es erhelle dieser Sinn aus den nachfolgenden Worten:

Sed tantummodo ad probationes litigatoribus *sufficiunt* ea, quae ab adversa parte expressa fuerint apud iudices.

In Absicht auf den Gebrauch der Interrogationen unterscheiden einige [16]) zwischen solchen, die ehemals von dem Kläger noch vor der Anstellung der Klage geschehen konnten, um darnach die Klage einzurichten, und zwischen solchen, welche nach entstandenem Prozeß geschehen, um sich den Beweis zu erleichtern. Erstere seyen aufgehoben. Der Beklagte könne also nun nicht mehr vor Anstellung der Klage von dem Kläger gefragt werden, nämlich, wie ehemals, zu dem Zweck, um eine Klage auf die Antwort oder Nichtantwort des Beklagten zu gründen. Deswegen fielen auch jetzt die interrogatorischen Klagen weg. Denn nun sey der Beklagte auf eine solche Frage auch vor Gericht

15) *Franc.* DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 43. und Bach in der unpartheyischen Critic über jurist. Schriften. 1. B. 6. St. S. 526.

16) *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. XXXI. Th. 10. *Ulr.* HUBER Praelection. ad Pand. h. t. §. 3.

richt nicht mehr zu antworten schuldig, sondern der Kläger müsse jetzt selbst sehen, wie er die Klage einzuleiten und anzustellen habe. Nur in dem letztern Fall, nämlich nach der Litiscontestation, wären noch dem Kläger Fragen an den Beklagten erlaubt, und die Antworten könnten ihm sodann Statt des Beweises dienen. So, glauben sie, seyen die Worte des Callistratus zu verstehen, wenn er *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* sagt:

Interrogatoriis actionibus hodie non utimur, *quia nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere,* — sed tantummodo *ad probationes* litigatoribus sufficiunt ea, *quae ab adversa parte expressa fuerint apud iudices.*

Uebrigens wären die vorigen Strafen nicht aufgehoben, wenn der Beklagte auf die Frage gar nicht, oder vorsätzlich der Wahrheit zuwider geantwortet hätte.

Noch andere [17]) glauben den Sinn der angeführten L. 1. auf die Art am richtigsten getroffen zu haben, wenn sie zwischen solchen Interrogationen unterscheiden, welche dazu dienten, um sich gegen den Befragten eine Klage zu verschaffen, die sonst gegen ihn nicht Statt gefunden hätte, und zwischen solchen, die nur zur mehreren Begründung einer schon zuständigen Klage dienten. Die ersten wären nebst den davon abhängigen interrogatorischen Klagen abgeschafft, die letztern aber seyen noch heutigen Tages im Gebrauch.

Zuletzt versuchen einige [18]) der dunkeln Stelle noch dadurch Licht zu verschaffen, daß sie zwischen präpara-

17) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 10. sqq.

18) THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 3. Th. §. 1252.

torischen Interrogationen, welche blos zur Einleitung der Klage dienten, und entscheidenden, welche direct den Grund der Klage betreffen, unterscheiden. Auf eine bejahende Antwort der letztern hätte sonst, wie auf ein Urtheil, eine sogenannte actio interrogatoria gegründet werden können. Diese wären aufgehoben. Das neuere Recht erlaube blos die präparatorischen Interrogationen.

Allein alle diese Erklärungen und Meinungen lassen wichtige Zweifel zurück.

1) Wäre die *L.* 1. §. 1. *h. t.* wirklich so zu verstehen, daß die actiones interrogatoriae nicht mehr im Gebrauche sind, und hätte dies schon Callistratus von seinen Zeiten gesagt; so ist unbegreiflich, wie sich dennoch Ulpian, Paulus, Cajus, Javolen, Pomponius, Julian, Papinian und Scävola, deren Fragmente in diesem Titel enthalten sind, haben die Mühe geben mögen, von einer obsoleten Sache so weitläuftig zu handeln, da es doch sonst Maxime derselben ist, nur solche Materien in ihren Schriften zu erörtern, welche besonders einen frequenten Gebrauch in den Gerichten hatten. Wollte man aber auch diese Stelle mit Wissenbach für ein Emblem des Tribonians halten, wie reimt sich damit zusammen, wenn dennoch Tribonian eine solche Menge von Fragmenten aus den Schriften der Römischen Rechtsgelehrten in die Pandecten aufnahm, in welchen von dem Gebrauche der Interrogationen und der interrogatorischen Klagen gehandelt wird, wenn dies alles blos Antiquität gewesen wäre? Justinian hatte ja in seiner Proömial-Constitution *Deo auctore*, de conceptione Digestorum ad Tribonianum §. 10. den Verfassern seiner Pandecten ausdrücklich vorgeschrieben:

Si

Si quae leges in veteribus libris positae, iam in desuetudinem abierunt: nullo modo vobis easdem ponere permittimus: *cum haec tantummodo obtinere volumus, quae vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit, vel longa consuetudo huius almae urbis comprobavit.*

Dieser Vorschrift würde ja **Tribonian** geradezu entgegen gehandelt haben.

2) Die Gründe, warum man die Interrogationen vor Gericht vor Anstellung der Klage für nöthig hielt, nämlich *ne actor plus petendo aliquid damni sentiat*, und *quia plerumque difficilis est aditae hereditatis probatio*, haben auf die Abschaffung der ehemaligen Klagformeln nicht die mindeste Beziehung, und behaupten noch jetzt ihr vollkommenes Gewicht.

3) Der Unterschied zwischen Interrogationen vor der Litiscontestation und denen, welche nach derselben geschehen können, ist eben so ungegründet, als der zwischen präparatorischen und entscheidenden unerweißlich ist. Alle Interrogationen dienten ihrem Zweck nach blos zur Einleitung der Klage, und waren adiectitiae qualitates derselben, und nie konnte auf eine bejahende Antwort, wie auf ein Urtheil, eine actio interrogatoria gegründet werden. Man vermischt hier offenbar das Edict des Prätors de confessis, mit dem Edict de interrogationibus in iure, wie **Wybo** [19]) schon längst gegen **Treutler** erinnert hat. Eben so ungegründet ist

4) der Unterschied zwischen Interrogationen zur Zubereitung einer Klage, die sonst der Kläger nicht gehabt

 hätte,

19) Cit. libr. Cap. I. pag. 4. Man sehe auch SCHILTERI Prax. iur. Rom. Exerc. XXI. §. 7.

hätte, und denen zur Begründung einer zuständigen Klage. Eine Klage mußte der Fragende allemal haben. Der Befragte konnte sich nur solche durch seine falsche Antwort zuziehen, die er sonst nicht oder nicht in der Art, als nun geschehen kann, zu übernehmen schuldig gewesen wäre, wie schon oben gezeigt worden ist.

5) Wollte man den heutigen Gebrauch der actionum interrogatoriarum läugnen, so würde man mit eben so viel Grund auch den heutigen Gebrauch der übrigen actionum adiectitiae qualitatis des Römischen Rechts bezweifeln können. Wer wagt aber eine solche Behauptung? Oder soll etwa die oblatio ad litem bey persönlichen Klagen jetzt nicht mehr Statt haben? Dazu wäre aber gewiß so wenig Grund vorhanden, als wenn man solche bey Realklagen läugnen wollte. Ganz richtig sagt daher Stryk [20]): *Non dubito adhuc hodie, cum eadem difficultas superſit probandi aditionem hereditatis, eandem quoque iuris dispoſitionem obtinere, ut ſcilicet reus interrogatus ad reſpondendum adigatur, an heres, et pro qua parte ſit? Immo etiam exiſtimo, ſi pro maiori parte ſe heredem dixerit, quam revera eſt, ipſum ex ſua confeſſione conveniri poſſe, utut heres plane non ſit. Perinde enim reputatur, quam ſi malitioſe, tanquam hereditatis poſſeſſorem, ſe liti obtuliſſet; hunc vero, tanquam verum poſſeſſorem, conveniri poſſe, extra controverſiam eſt.* Kann man nun also die Wirkungen der Interrogationen nicht läugnen, wie man denn solche wirklich als noch jetzt geltend annimmt [21]); so

20) Uſ. mod. Pand. h. t. §. 14.

21) Man sehe z. B. SCHULTING Theſ. controverſ. Decad. XXXI. §. 10. und MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. I. §. 244. nr. IV. pag. 331.

so kann man auch mit Grund den Gebrauch der darauf sich gründenden interrogatorischen Klagen nicht bezweifeln. Erwägt man dies alles ohne Vorurtheil, so bleibe ich noch immer dabey, daß in der bestrittenen *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* nicht von den interrogatorischen Klagen die Rede sey, von welchen das Edict des Prätors spricht, und von welchen die Röm. Rechtsgelehrten in den in diesem Titel enthaltenen Fragmenten reden, weil nichts Ueberflüssiges und Obsoletes in die Pandecten aufgenommen werden sollte; sondern daß **Callistratus** von denjenigen interrogatorischen Klagen handele, welche vor dem Edict des Prätors im Gebrauch waren, und deren Misbräuche den Prätor veranlaßten, das Edict von den Interrogationen zu geben, wie bereits oben (S. 248.) bemerkt worden ist.

Daß auch der Richter heut zu Tage den streitenden Partheyen zur Instruction der Sache gewisse Fragen vorlegen könne, um nach Maaßgebung der erfolgten Antwort das weitere Verfahren zu bestimmen, leidet keinen Zweifel [22]).

§. 747 — 749.

Heutige Positionen, deren Unterschied von Interrogationen.

Verschieden von den römischen Interrogationen sind die durch das kanonische Recht [23]) eingeführten, und durch die Reichsgesetze [24]) bestätigten **Positionen** oder Satzstücke [25]). Man versteht darunter kurze, in Artikels-

 form

22) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 31.

23) *Cap. un. X. de lit. cont. Cap. 1. de Confess. in VIto. Clem. 2. de Verb. Signif.*

24) Jüngst. Reichsabsch. §. 41. u. 49.

25) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 39. sqq. und *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib. II. Tit. 5. §. 8. sqq.

form [26]) gefaßte Sätze, welche derjenige Theil im Prozeß, dem die Beweisführung obliegt, über diejenige Thatumstände, auf welche der Gegentheil sich bestimmt hätte erklären können und sollen, zu dem Ende übergiebt, um von dem letztern eine bestimmte Antwort darauf zu erhalten. Nicht nur der Kläger kann sich derselben zur Erleichterung des Beweises seiner Klage bedienen, wenn der Beklagte sich nicht gehörig eingelassen hat, sondern auch der Beklagte kann sich dadurch den Beweis seiner Exceptionen erleichtern. Derjenige Theil, welcher die Positionen übergiebt, wird Ponent, der Gegentheil aber Ponat genennt. Jener muß dabey seine Ueberzeugung von der Wahrheit der Artikel durch das sogenannte *iuramentum dandorum*, dieser aber sein Läugnen durch das *iuramentum respondendorum* bestärken [27]). Beyde Eide sind daher als Eide für Gefährde zu betrachten [28]). Weigert sich der Ponat zu antworten, so wird diese Verweigerung für Einräumung der Artikel angenommen [29]). Das Einräumen selbst aber befreyt den Ponenten sodann von

26) Diese Form besteht darin, daß sie sich bey eigenen Handlungen mit Wahr, bey fremden Thatsachen aber mit Glaube wahr anzufangen pflegen.

27) S. Meyer vom iuramento dandorum et respondendorum. Göttingen 1780.

28) Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 501.

29) Man erfordert jedoch, daß dem Ponaten die Beantwortung der Satzstücke unter der Verwarnung müsse aufgegeben worden seyn, daß im Verweigerungsfalle dieselben für eingestanden angenommen werden sollen. *Cap. 2. de Confess. in 6to.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 77. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4506. lit. B.

von der Beweislast, und das Abgeläugnete wird nun Gegenstand der Beweisführung [30]). Die Positionen betreffen also den Beweis in der Hauptsache, und haben Erleichterung desselben durch Bewirkung eines Geständnisses zum Zweck. Interrogationen hingegen dienen blos zur Vorbereitung und Einleitung der Klage, um nicht in der Person des Beklagten, oder im Gesuch der Klage zu irren, und sich durch Anstellung einer vergeblichen Klage, oder durch Zuvielbitten einen Nachtheil zu zuziehen. Sie geschehen also vor der Litiscontestation, die Positionen hingegen werden erst nach der Litiscontestation übergeben. Sodann haben die Positionen auch das Unterscheidende, daß sie, als ein gerichtliches Geständniß, auch wider den Ponenten immer einen vollen Beweis enthalten [31]); welches hingegen bey den Interrogationen der Fall nie seyn kann, da hier der Kläger sich bey Anstellung seiner Klage in einer Ungewißheit befindet, welche durch die Antwort des Beklagten gehoben werden soll [32]).

Heut zu Tage sind die Positionen eine seltene Erscheinung in den Acten, und in vielen Prozeßordnungen sind sie ganz aufgehoben, theils weil der Streit über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit derselben die Prozesse häufig sehr verzögert, theils weil durch sie die Eide sehr vervielfältiget, und viel Meineide veranlaßt werden. Man könnte

30) STRYK c. l. §. 75. Martin im Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 307.

31) STRYK. c. l. §. 69. HOFACKER c. l. §. 4506. lit. A. Danz a. a. O. §. 501. S. 752. der Gönnerschen Ausgabe. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1263.

32) STRYK h. t. §. 39.

könnte sie auch vollkommen entbehren, wenn nur die Richter, ihrer Pflicht gemäß, überall auf eine bestimmte Einlassung zu dringen, sich angelegen seyn ließen [33]). Ist nun aber freylich dieses nicht geschehen, so bleiben sie immer ein wichtiges Hülfsmittel, um die facta für den Beweis zu fixiren, und der Bosheit des Leugnens Schranken zu setzen [34]).

33) Besonders wenn von allen Richtern beobachtet würde, was die Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 9. Tit. bey Aufnehmung der Antwort auf die Klage dem Richter zur Pflicht macht.

34) S. BOEHMERI ius eccl. Protest. Lib. II. Tit. 5. §. 11. *Grolmans* Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 178. b. S. 362.

Lib. XI.

Lib. XI. Tit. II.

De quibus rebus ad eundem iudicem eatur.

§. 750.

Zusammenhang der Sachen, und der dadurch begründete Gerichtsstand nebst seinen verschiedenen Gattungen.

Zuweilen stehen zwey oder mehrere Rechtssachen in einer solchen Beziehung auf einander, daß sie nicht füglich getrennt werden können, sondern vor dem nämlichen Richter verhandelt werden müssen, wenn sie gleich, einzeln betrachtet, einen verschiedenen Gerichtsstand haben sollten. Man pflegt dergleichen Rechtssachen *causae continentes*, und das in einander greifende Verhältniß, in welchem dieselben zu einander stehen, *continentia causarum*, Zusammenhang der Sachen, zu nennen. Dieser Zusammenhang der Sachen hat nach dem heutigen Gerichtsgebrauche die besondere Wirkung, daß dadurch ein sonst incompetenter Richter für diese Rechtssachen nun der zuständige wird, und es wird daher ein eigenes besonderes Forum dadurch begründet, welches man davon den Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen, *forum continentiae causarum*, zu nennen pflegt.

Dies ist der Gegenstand, von welchem gewöhnlich sowohl in den Lehrbüchern als Commentaren unter der Rubrik

brik dieses Titels gehandelt wird, weil es ein altes Vorurtheil ist, daß die Quelle dieser Doctrin aus dem Römischen Rechte herzuleiten sey. Man vergleiche nur z. B. einen Voet, Schilter, Huber, Frantzke, Böckelmann, und andere mehr. Allein wie sehr man hierin irrt, wird sich daraus leicht von selbst ergeben, wenn man sich zuvörderst mit der heutigen Beschaffenheit dieses Gerichtsstandes näher bekannt gemacht haben wird, und denn die Gesetze des Römischen Rechts damit vergleicht. Das Resultat wird sich dann von selbst darlegen, daß der heutige Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen aus einer unrichtigen Auslegung der römischen Gesetze durch den Gerichtsgebrauch sey eingeführt worden.

Man nimmt heutiges Tages einen doppelten Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen an, nämlich den Gerichtsstand der Einheit der Sachen, (*forum continentiae causarum ex identitate*) und den Gerichtsstand der Connexität der Sachen (*forum continentiae causarum ex connexitate*) [35]). Von beyden wird in den folgenden Paragraphen gehandelt.

§. 751.

35) Es verdienen hier folgende Schriften bemerkt zu werden. *Ern. Frid.* SCHROETER Diss. de iudice competente ex causae continentia. *Ienae* 1661. *Io. Phil.* CARRACH Exercit. sistens sicilimenta de foro continentiae causarum ex identitate. *Halae* 1750. Eiusdem Exercitat. sistens sicilimenta de foro continentiae causarum ex connexitate. *Halae* 1751. *Io. Aug.* BACHII Disput. de causis coniunctis earumque foro competente. *Lipsiae* 1754. (in *Opuscul.* a KLOTZIO edit. Nr. VII. pag. 260. sqq.) *Io. Ferd. Guil.* BRANDT Disquisit. de continentia causae, quatenus praetermissis austraegis fundet iurisdictionem camerae imperii. *Wetzlariae* 1754. 4. *Achat. Car. Lud.* SCHMIDT de gene-

§. 751.

I. Einheit der Sachen, und daher entstehender Gerichtsstand.

Eine Einheit der Sachen, (*Identitas causarum*) welche auch ein Zusammenhang der Sachen im eigentlichen Sinn, (*continentia causarum stricte sic dicta*) genennet wird, ist vorhanden, wenn man entweder mehrere Personen, welche verschiedene Richter in erster Instanz haben, aus demselben Klaggrunde in Anspruch nehmen, oder mehrere in verschiedenen Gerichtssprengeln gelegene Sachen von dem nämlichen Besitzer mit einer und derselben Klage fordern kann. Ein solcher Zusammenhang der Sachen aus Einheit des Klaggrundes kann also in zwey Fällen Statt finden.

1) Wenn der Rechtsstreit wider mehrere Personen zu erheben ist, welche an sich verschiedenen Gerichtsständen unterworfen, aber aus demselben Rechtsgrunde verpflichtet sind. Ein solcher Zusammenhang der Sachen wird ein persönlicher (*identitas causarum personalis*) genennt. Z. B. mehrere Erben, mehrere socii, mehrere Bürgen, oder mehrere correi sind mir aus dem nämlichen Grunde zu etwas verbunden. Hier kann die Klage, wenn ausserdem die in Anspruch zu nehmenden mehreren Beklagten kei-

generibus continentiae causarum genuinis. *Ienae* 1754. *Io. Christph. Erici* SPRINGERI Commentat. de causae continentia germanica, quatenus distat a Romana, sive connexitate caussarum. *Monasterii Westphalor.* 1770. Außerdem Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 33. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4229 — 4233.

keinen für diesen Rechtsstreit [36]) anwendbaren gemeinschaftlichen Gerichtsstand erster Instanz haben [37]), sogleich bey demjenigen nächsten Oberrichter ungetheilt angebracht werden, zu welchem sich alle die verschiedenen Richter, unter welchen die einzelnen Beklagten stehen, als Unterrichter verhalten [38]). Bey diesem nächsten gemeinschaftlichen Obergerichte kann die Klage ohne Unterschied, sie sey theilbar oder untheilbar [39]), selbst in solchen Fällen erhoben werden, wo die zu belangenden Personen in mehreren deutschen Territorien zerstreut wohnen [40]). Es ist nicht zu läugnen, daß hier-

36) Z. B. die zu erhebende Klage ist rein persönlich, sie ist also nicht für das gemeinschaftliche forum rei sitae geeigenschaftet.

37) Denn dieser ausserordentliche Gerichtsstand wird nur als ein subsidiarischer angesehen, wie auch der Reichsdeputat. Absch. vom J. 1600. §. 23. zu erkennen giebt. S. Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichbn Prozesses. §. 57. Not. 1.

38) S. Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten §. 46. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. 1. Th. §. 46. Wer der nächste gemeinschaftliche Oberrichter sey, pflegt man darnach zu beurtheilen, an wen von den sämmtlichen Untergerichten, denen die verschiedenen Beklagten unmittelbar unterworfen sind, die Appellation zunächst Statt hat. S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 3. BACH Diss. cit. de caussis coniunctis §. 20. und WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 3.

39) S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 153. Danz a. a. O. §. 33. S. 87.

40) Gehören dieselben einem Souverain, so ist die Sache ausser Zweifel. Hier ist das höchste Tribunal desselben das forum competens. S. Fried. von Bülow's und Theod. Ha-

hierdurch die Zahl der Rechtsstreitigkeiten sehr vermindert, und auch öfters widersprechende Urtheile vermieden werden können, die sonst bey einem mehrere Beklagten angehenden Rechtsstreit leicht möglich wären. Allein fragt man, welches denn eigentlich die Quelle dieser ganzen Doctrin von der Identität der Sachen sey, so muß man denn doch auch bekennen, daß sie aus keiner reinen Quelle geflossen sey. Gewöhnlich glaubt man zwar den Grund derselben in den Gesetzen des römischen Rechts zu finden[41]); allein wie sehr man sich hierin geirrt hat, haben Carrach[42]) und Bach[43]) ganz einleuchtend dargethan. Um uns lebhafter

gemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. Band. Erört. 62. S. 347. Danz a. a. O. S. 91. lit. B. und Martins Lehrbuch §. 57. S. 71. Allein darüber blieb die Sache unentschieden, ob in dem Falle, da die mehreren Beklagten Unterthanen verschiedener Landesherren sind, dieselben wegen der Einheit des Klaggrundes sogleich in erster Instanz bei den höchsten Reichsgerichten belangt werden konnten. Das Interesse dieser Controvers hat indessen nunmehr aufgehört. Man sehe allenfalls Strubens rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 24. *Frid. Huldreich Car.* SIEGMANN Diss. de iurisdictione summorum in imperio iudiciorum ob causarum continentiam in cives mediatos haud fundata. *Lipsiae* 1781. Malblank Anleitung zur Kenntniß der deutschen Reichs- und Provinzialgerichtsverfassung 4. Th. §. 137. und von Berg Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis §. 106.

41) Man sehe z. B. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. FRANTZKE Comm. h. t. nr. 2. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9. et 10. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXI. §. 9.

42) Cit. Diss. de foro continentiae causar. ex identitate. §. 7.

43) Diss. alleg. de causis coniunctis §. 5 – 11. (in *Opuscul.* pag. 268. sqq.)

hafter hiervon zu überzeugen, wird es nicht unzweckmäßig seyn, den Inhalt und wahren Sinn derjenigen Stellen des römischen Rechts, worauf man sich gewöhnlich bezieht, etwas genauer zu entwickeln. Die vorzüglichsten sind folgende.

L. 1. *D. h. t.* Si inter plures familiae erciscundae agetur, et inter eosdem communi dividundo, aut finium regundorum, eundem iudicem sumendum. Praeterea, quo facilius coire coheredes vel socii possint, in eundem locum omnium praesentiam fieri oportet.

Es ist hier von Communionsinteressenten die Rede, unter welchen eine Theilungsklage erhoben worden, gleichviel, ob es die Erbtheilungs- oder singulaire Theilungsklage, oder die Gränzscheidungsklage ist. Denn nach der παραφράσει ἀναλυτικῇ eines Johann Schilters[44]) sich gerade einen solchen Fall zu denken, wo alle drey Theilungsklagen unter denselben Partheyen successivisch verhandelt werden, nämlich zuerst die Erbtheilungsklage, nächstdem, weil einige nachher noch zum Vorschein gekommene erbschaftliche Sachen ungetheilt geblieben waren, das iudicium communi dividundo, und weil zuletzt noch über die Gränzen der vertheilten Aecker ein Streit entstand, die actio finium regundorum; ist nicht nöthig, wie auch schon in der Glosse vom Accursius erinnert worden ist. Daß auch hier die Communionsinteressenten einen verschiedenen Gerichtsstand gehabt, worauf es doch hauptsächlich ankömmt, ist aus der Stelle ebenfalls nicht zu ersehen; sondern es ist hier von einem iudex pedaneus die Rede, an welchen mehrere Streitgenossen von einem Magistrate, dessen Juris-

44) Praxi iuris Rom. Exercit. XXI. §. 9.

risdiction sie alle unterworfen sind, in einer sie alle betreffenden Sache verwiesen werden können [45]). Dies beweißt der Ausdruck *sumere* ganz klar, der blos vom iudex pedaneus gebraucht wurde, weil es bey dessen Bestellung zugleich mit auf die Einwilligung der Partheyen ankam [46]). Nimmermehr kann also aus dieser Stelle bewiesen werden, daß ein sonst incompetenter Richter wegen des Zusammenhangs der Sachen competent werden könne, da hier von keinem solchen Richter die Rede ist, welcher Jurisdiction hatte; oder daß ein Beklagter verbunden wäre, sich um des blosen Zusammenhangs willen einem incompetenten Richter zu unterwerfen, wenn er es nicht freywillig durch Prorogation thun will. Von einem nächsten gemeinschaftlichen Oberrichter, vor welchem die unter mehreren verschiedenen Unterrichtern stehenden Beklagten um des Zusammenhangs willen belangt werden könnten, ist hier vollends gar keine Rede. Eben so wenig beweißt die folgende Stelle.

L. 2. D. h. t. Cum ex pluribus tutoribus unus, quod caeteri non sint idonei, convenitur, postulante eo, *omnes ad eundem iudicem mittuntur:* et hoc rescriptis Principum continetur.

Denn auch diese Stelle geht blos auf iudices pedaneos. Man braucht eben kein Argus zu seyn, um dies aus

45) S. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. XXXII. Th. 1. und POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. not. a. pag. 330.

46) S. *Io.* NOP Diss. de iudicibus a Praetore et provinciarum Rectoribus ad causas privatas diiudicandas dari solitis. *Lugd. Batav.* 1729. Cap. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. T. II. pag. 540. sq.)

aus den Worten: *mittuntur ad eundem iudicem* deutlich zu ersehen. Denn diese lassen sich von keinem andern iudex füglich erklären, als von einem solchen, der nach der ehemaligen römischen Gerichtsverfassung von dem Prätor den Partheyen gegeben wurde. Vergleicht man damit eine dritte Stelle des römischen Gesetzbuches, worauf man sich gewöhnlich auch beruft, um das forum identitatis daraus zu begründen, nämlich die *L. 5. Cod. Arbitrium tutelae*, wo der Kr. Gordian auf folgende Art rescribirt:

Omnes tutores, seu heredes eorum, qui administraverunt tutelam, ad eundem iudicem ire debere, iam pridem constitutum est. Cum igitur patrem tuum alio tutelam administrasse alleges, *Praeses provinciae eundem iudicem adversus te atque heredes contutorum patris tui dare debebit*, quatenus quisque condemnari debeat, examinaturum;

so ergiebt sich daraus, daß hier von der Einrede mehrerer Streitgenossen die Rede ist, welche das Römische Recht anfangs bey theilbaren Ansprüchen dem Beklagten mit der Wirkung erlaubte, um sich damit gegen die Einlassung auf die Klage zu schützen [47]). Wenn also unter mehreren Vormündern, welche die Vormundschaft ungetheilt verwaltet haben, einer allein, oder desselben Erben mit der actio tutelae belangt werden, so können sie bitten, daß auch die übrigen Mitvormünder, oder deren Erben,

47) S. CARRACH cit. Diss. §. 7. p. 21. sq. und Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 1. Bd. Nr. XIX. §. 17. S. 416. Erst Kr. Julian änderte dieses ab, dessen Verordnung Justinian unverändert in seinen Codex aufnahm. *L. 1. C. de consortib. eiusd. litis.*

Erben, als Streitgenossen, adcitirt werden, und diese konnte sodann der Prätor oder Präses der Provinz an einen Judex verweisen, welcher nach der ihm gegebenen Instruction untersuchen und bestimmen mußte, wie weit ein jeder zu verurtheilen sey. Erwägt man nun, daß bey der actio tutelae der Präses der Provinz der allein competente Richter war, ohne dessen Auftrag oder Befehl kein anderer Municipalmagistrat Vormünder bestellen konnte [48]); so läßt sich wohl aus diesen Stellen so wenig, als aus der erstern, beweisen, daß der bloße Zusammenhang der Sachen einen sonst incompetenten Richter zuständig mache. Man konnte auch überhaupt von iudicibus pedaneis nicht wohl auf Magistrate schließen, als welche von ganz verschiedener Art waren [49]).

Die *L.* 8. §. 1. *D. de liberali causa*, worauf man sich zuletzt noch beruft, gehört vollends gar nicht hierher, da hier nicht von mehreren Beklagten, sondern nur von mehreren Klägern die Rede ist. Die Worte selbst werden jeden hiervon überzeugen.

Si plures, sagt Ulpian, sibi dominium servi vindicant, dicentes esse communem, ad eundem iudicem mittendi erunt; et ita Senatus censuit. Caeterum si unusquisque suum esse in solidum, non in partem dicat, cessat Senatusconsultum: neque enim timor est, ne varie iudicetur: cum unusquisque solidum dominium sibi vindicet. Sed et si alter usumfructum totum, alter proprietatem sibi vindicet, item si alter

U 2 domi-

48) §. 3. 4. *I. de Atiliano tut. L.* 1. *pr.* et §. 1. *D. de tutor. dat.*

49) BACH cit. Diss. §. 6.

dominium, alter sibi pignoratum dicat: idem iudex erit.

Hier ist also von einem solchen Falle die Rede, da zwey Kläger einen und ebendenselben Menschen, als ihren gemeinschaftlichen Sklaven, in Anspruch nehmen, der sich im Besitz der Freyheit befindet. Daß hier die Klage, als eine causa communis, vor einen Richter gehörte, war ganz natürlich. Ueberdem war auch dieser iudex kein anderer, als ein iudex a Praetore datus, wie aus der *L. 9. pr. D. de lib. causa* erhellet [50]). Hieraus erklärt sich zugleich eine hierher vorzüglich gehörige Stelle aus Quinctilian [51]), welcher sagt: *Privata quoque iudicia saepe unum iudicem habere multis et diversis formulis solent: nec aliae species erunt, etiamsi unus a duobus duntaxat eandem rem, atque ex eadem causa petet: aut duo ab uno: aut plures a pluribus; quod accidere in hereditariis litibus interim scimus: quia quamvis in multis personis, causa tamen una est, nisi si conditio personarum quaestiones variaverit.*

So unrichtig nun auch die Erklärungen sind, die man von den angeführten Stellen gemacht hat, so haben sie doch soviel bewirkt, daß durch den Gerichtsgebrauch der Satz geltend wurde, man könne mehrere Beklagte, welche verschiedenen Unterrichtern unterworfen sind, wegen Einheit des Klagegrundes, sogleich bey dem nächsten gemeinschaft-

50) Denn die causae liberales waren ordinarii iuris. S. RAEVARDUS Varior. Lib. III. c. 29. *Ger.* NOODT de iurisdict. Lib. I. cap. 9. *Io.* HOP Diss. cit. de iudicibus a Praetore datis Cap. I. pag. 520. und BACH cit. Diss. de causis coniunctis. §. 7.

51) *Institut. Orator. Lib. III. cap. 10.*

schaftlichen Oberrichter belangen, welchen nachher selbst die teutschen Reichsgesetze [52]) bestätiget haben [53]).

2) Die Identität der Sachen kann auch eine dingliche seyn, wenn die Klage mehrere verschiedene Sachen zum Gegenstande hat, welche unter verschiedenen Gerichtsbarkeiten liegen, und von dem Kläger aus einerley Rechtsgrunde in Anspruch genommen werden können. Z. B. dem Kläger sind mehrere Güter des Schuldners, wegen einer und derselben Schuld, verpfändet, welche unter verschiedenen Richtern liegen; oder die Güter, die zu einer Erbschaft gehören, befinden sich unter verschiedenen Richtern. Nach dem römischen Rechte ist hier die Klage entweder bey dem Richter des Wohnortes des Beklagten [54]), oder bey demjenigen Richter anzubringen, unter welchem der größte Theil der Güter gelegen ist [55]). Ist nun hier die Sache rechtskräftig entschieden worden, und es soll zur Vollstreckung des richterlichen Urtheils kommen, so müssen diejenigen Richter, unter welchem die übrigen Güter belegen sind, um Vollstreckung des Urtheils ersucht werden [56]) Weil indessen dieser Rechtsgang mit

U 3 man-

52) Dep. Absch. vom J. 1600. §. 23. 24. K. K. Gerichtsordn. 2. Th. Tit. 9. pr. et §. 1. R. HofR. O. Tit. 2. §. 1.

53) S. BACH Cit. Diss. §. 18. Danz Grds. des ordentlichen Prozesses §. 33. S. 87. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4230.

54) *L. un. Cod. Ubi de heredit. agat. Ger.* NOODT Comm. ad Pand. Tit. de Iudic. T. II. *Oper.* pag. 125. und BACH Cit. Diss. de causis coniunctis. §. XII.

55) *L. 50. pr. L. 52. §. 3. et 4. D. de iudic. L. 66. §. fin. D. ad SCtum Trebell. L. un. Cod. Ubi fideicomm. peti oport.*

56) *L. 15. §. 1. D. de re iudic.*

mancherley Schwierigkeiten verknüpft ist, so kann nach dem heutigen Gerichtsgebrauche die Klage bey dem nächsten gemeinschaftlichen Oberrichter angestellt werden, dessen Gerichtszwang sich über alle die verschiedenen Güter erstreckt, welche den Gegenstand der Klage ausmachen [57]). Es wird jedoch bey dem Gerichtsstande der Einheit der Sachen billig vorausgesetzt, 1) daß nicht von solchen Sachen die Rede sey, die durch Befreyung an einen bestimmten Richter ausschließend gewiesen sind. Daher begründet z. B. in Lehnssachen, so wenig als in geistlichen Sachen der Zusammenhang einen Gerichtsstand bey dem für solche Sachen nicht bestellten Oberrichter [58]). 2) Daß ein gemeinschaftlicher Oberrichter vorhanden sey. Sonst muß die Klage getheilt werden. Es wird überhaupt 3) durch den Zusammenhang der Sachen die Gerichtsbarkeit des Oberrichters in der ersten Instanz keineswegs ipso iure begründet; sondern es muß immer der Willkühr des

57) PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 148. Claproths Einleitung in den ord. bürgerl. Prozeß 1. Th. §. 101. S. 428. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Prozeß 1. Th. §. 46. Danz Grds. des ord. Prozesses §. 33. S. 91. HOFACKER Tom. III. §. 4232. Anderer Meinung ist jedoch Martin im Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 57. wenn die mehreren Sachen alle von dem nämlichen Besitzer gefordert werden, weil bloße Bequemlichkeit des Klägers nicht berechtiget, dem Beklagten sein Recht auf die erste Instanz zu entziehen.

58) S. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Obs. 809. et 810. Strubens rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 114. und ULLHEIMER Diss. de iurisdictione supremorum imperii tribunalium in causis feuda mediata concernentibus ob continentiam causarum non fundata. Bambergae 1776.

des Klägers überlassen werden, ob er die Klagen mit einander verbinden oder theilen, und jeden Beklagten besonders bey seinem competenten Unterrichter belangen wolle. Denn es ist mehr eine Rechtswohlthat für den Kläger, als für den Beklagten, daß er den nächsten Oberrichter angehen kann. Es muß ihm also auch erlaubt seyn, darauf Verzicht zu thun [59]).

§. 752.

II. Connexität der Sachen, und daher entstehender Gerichtsstand.

Eine **Connexität der Sachen** ist vorhanden, wenn mehrere Rechtssachen mit einander in solcher Verbindung stehen, daß eine ohne die andere entweder gar nicht, oder doch nicht füglich entschieden werden kann [60]). **Carrach** [61]) sagt: *Connexitas causarum* supponit plura litigia diversa quidem, sed ita comparata, ut alterum absque altero expediri nequeat, alteriusve decisio ab altera pendeat; und **Böhmer** [62]) erklärt sie so: *Causae con-*

59) S. Claproth a. a. O. 1. Th. S. 426. Anderer Meinung ist jedoch HOFACKER in Princip. iur. c. l. T. III. pag. 665. wo dem Beklagten die exceptio continentiae vor der Litiscontestation gestattet wird. Allein man sehe *L. 1. C. de Consortib. eiusd. litis.* und das Magazin für den gemeinen teutschen bürgerl. Prozeß, herausgegeben von Martin und Walch 1. Bd. 1. Hft. Nr. I. §. 4. S. 33. f.

60) S. Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 33. S. 93. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Prozeß. 1. Th. §. 48. HOFACKER Tom. III. §. 4233.

61) Diss. de foro continentiae causarum ex connexitate. §. 2.

62) Princip. iur. canon. §. 700.

connexae sunt, quarum altera alterius decisioni inservit. Hier nimmt die Praxis den Grundsatz an, daß derselbe Richter, bey welchem die eine Sache schon anhängig ist, oder welcher für die Hauptsache der competente Richter ist, auch die mit derselben in Verbindung stehenden Nebensachen entscheiden könne, so weit sie nicht durch eine besondere Befreyung an einen bestimmten Richter gewiesen sind. Der durch diesen Zusammenhang begründete Gerichtsstand wird *forum connexitatis causarum* genennt, und man sucht ihn besonders dadurch zu rechtfertigen, daß der Richter, welcher schon von der einen Sache die Acten hat, in der andern besser und vollständiger urtheilen könne, als ein anderer Richter. Eine Connexität der Sachen wird nun in folgenden Fällen angenommen.

1) Wenn durch die eine Sache die andere vorbereitet wird. Daher muß der Richter, welcher das Possessorium entschieden hat, der Regel nach auch über das Petitorium erkennen [63]).

2) Wenn von der Entscheidung der einen Sache, die Enscheidung der andern abhängt. Hier ist die vorläufig zu entscheidende Streitigkeit (causa praeiudicialis) der Regel nach von dem Richter zu entscheiden, bey dem die Hauptsache anhängig ist. Z. B. wenn von einer quaestio status die Entscheidung einer Erbstreitigkeit abhängt [64]).

3) Wenn zu einer gewissen Hauptsache noch andere Sachen hinzukommen, die aus derselben entspringen, oder in dieselbe einschlagen, oder sich sonst zur Hauptsache als ein

63) KIND Quaestion. for. Tom. I. Cap. 95.

64) MEVIUS P. III. Decis. 90. und P. V. Decis. 234.

ein Incidentpunct verhalten. Daher gehört die Intervention, und die Aufforderung zur Vertretung (litis denunciatio) vor den Richter der Hauptsache. Derselbe Richter schlichtet auch den Streit über die Belohnung des Advocaten und Sachwalters, desgleichen über die Zurückgabe der Manualacten, so wie über begangene Pflichtverletzung derselben [65]). Man sagt auch,

4) daß durch den Concurs der Gläubiger eine Connexität unter allen den Schuldner betreffenden Rechtssachen hervorgebracht werde, auf welche sich die Allgemeinheit des Concursgerichtes gründen soll [66]).

Allein das meiste beruhet hier auf der Praxis. Die Gesetze verordnen blos,

a) daß eine Rechtssache, die mehrere Fragen oder Puncte, welche bey der Erörterung derselben entstehen, oder zur Sprache kommen, in sich begreift, nicht getheilet, sondern in ihrem ganzen Umfange von einem und eben demselben Richter, bey welchem sie einmal anhängig gemacht worden ist, entschieden, und daher einzelne zu derselben gehörige Fragen, oder mit derselben verwandte Puncte nicht an einen andern Richter gebracht werden sollen. Aus diesem Grunde soll der Richter, welcher über den Besitz entschieden hat, auch in der Hauptsache oder dem Petitorium erkennen, und derjenige soll eine Strafe vom Richter zu befürchten haben, welcher beydes von einander trennen, und vor verschiedene Richter ziehen würde. Dies ist der wahre

65) Claproths bürgerl. Prozeß 1. Th. §. 101. Danz a. a. O. S. 94.

66) HOFACKER c. l. §. 4233. lit. D.

wahre Sinn der so sehr mißverstandenen *L. 10. Cod. de iudiciis* 67), wo es heißt:

Nulli prorsus audientia praebeatur, qui *causae continentiam* 68), dividet et *ex beneficii praerogativa* 69), id quod in uno eodemque iudicio poterat terminari, apud diversos iudices voluerit ventilare; *poena ex officio iudicis imminente ei, qui contra hanc sup-*

67) Diese LEX ist eine Verordnung des Kaisers Constantin, und aus dem Theodosianischen Codex entlehnt, jedoch mit einiger Abänderung. Diese betrifft aber nur die in dem Gesetz gedrohete Strafe, welche im Theodosianischen Codex bestimmt; hier aber der Willkühr des Richters überlassen ist. Man vergleiche die *L. 2. Cod. Theod. de iudiciis.* Lib. II. Tit. 18.

68) Es erhellet aus dieser Stelle, daß das Gesetz mit der *continentia causae* einen ganz andern Begriff verbindet, als die gemeine Schule der Rechtsgelehrten. Das Gesetz versteht darunter einen solchen Zusammenhang einer gewissen Rechtsfache, bey welcher ein streitiger Punct dergestalt in den andern eingreift, daß das Ende des einen der Anfang des andern ist, und folglich beyde nicht von einander getrennt werden können. S. BACH Diss. de causis coniunctis. §. 3.

69) Der Ausdruck *beneficii praerogativa* wird von den Auslegern verschiedentlich erklärt. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 2. Cod Theodos. de iudiciis Tom. I. pag. 195. der Rittersschen Ausgabe, versteht ihn von einem rescripto Principis, adversus ius commune impetrato. Diese Erklärung wird besonders durch die folgenden Worte sehr wahrscheinlich, *qui contra hanc supplicaverit sanctionem*, atque alium iudicium *postulaverit.* Für diese Erklärung stimmt auch *Io. Henr. de* BERGER in Progr. ad L. 10. C. de iud. in *Eiusd.* Electis processus p. 343. Andere hingegen verstehen darunter ein privilegium fori specialis.

supplicaverit sanctionem; atque alium super possessione, alium super principali quaestione iudicem postulaverit.

Es leuchtet in die Augen, daß hier gar nicht von mehreren Rechtssachen, sondern blos von einer einzigen Sache die Rede sey. Denn sonst hätte es *causarum continentiam*, und nicht *causae continentiam* heißen müssen. Es erhellet auch aus dem ganzen Zusammenhange, so wie aus der Bedeutung des Worts *Continentia* [70]), daß hier mit dem Worte *Causa* nur eine einzige Rechtssache gemeint sey, die aber mehrere Fragen oder Puncte in sich begreift. Ist nun eine solche Sache einmal vor einem Richter angebracht, und auch von demselben schon der eine dieselbe betreffende streitige Punct entschieden, so soll nun der mit ihr ebenfalls in Verbindung stehende andere Punct nicht getrennt, und an einen andern Richter gebracht, sondern von demselben Richter entschieden werden. Untersucht man die Gründe dieser Verordnung etwas genauer, so ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß hierdurch allgemein verboten worden sey, *causae continentiam* zu theilen. Der Hauptgrund des Gesetzgebers bey dieser Verordnung scheint der zu seyn, damit durch die Verschleppung solcher bey einer Rechtssache vorkommenden Fragen und dabey sich ereignenden streitigen Puncte vor mehrere Richterstühle keine widersprechenden Entscheidungen entstehen, sodann auch die Beendigung der ganzen Streitsache ohne Noth nicht aufgehalten werden möge. Es ist auch nicht zu läugnen, daß der Richter, vor dem einmal die Sache anhängig geworden ist, über alle dabey vorkommenden und mit derselben zusammenhängenden Puncte füglicher zu entscheiden

70) *L. 8. L. 99. §. 1. L. 139. L. 154. D. de Verbor. Signific.*

scheiden im Stande ist, als ein fremder Richter. Man kann es daher wohl für nichts anders, als für ein bloßes Beyspiel halten, wodurch der Gesetzgeber seine Verordnung zu erläutern sucht, wenn er das Possessorium und Petitorium namentlich zu trennen verbietet. Denn daß die Verordnung dieses Gesetzes nicht blos darauf allein eingeschränkt werden könne, sondern auf alle zu einer und eben derselben Rechtssache gehörigen Fragen und dabey vorkommenden Puncte gezogen werden müsse, hat Herr Prof. Dabelow [71]), der gewiß den besten Commentar über die *L.* 10. geschrieben hat, sehr gründlich gezeigt. In der That würde es auch dieser Verordnung gar nicht bedurft haben, da ja das nämliche schon von den Kaisern Diocletian und Maximian *L.* 13. *C. de rei vindicat.* nicht lange vorher war verordnet worden.

Ordinarii iuris est, ut, mancipiorum orta quaestione, prius exhibitis mancipiis de possessione iudicetur, et tunc demum proprietatis causa *ab eodem iudice* decidatur.

Dahingegen dürfte es wohl schwerlich mit der Absicht des Gesetzgebers zu vereinigen seyn, wenn die Praxis der Verordnung des Kaisers Constantin eine so ausgedehnte Deutung giebt, daß alle Rechtssachen, die man nach dem oben angegebenen Begriff zu den causis connexis rechnen kann, von einem und eben demselben Richter erörtert, und entschieden werden müssen. Wohlbedächtig schränkt vielmehr der Gesetzgeber seine Verordnung nur auf eine einzige ganze Sache, und die dahin einschlagenden Fragen und

71) Ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Kap. XXVII. S. 727. ff.

und Puncte ein, der sonst mit leichter Mühe solche weit allgemeiner würde haben fassen können. Die Gesetze verordnen hiernächst,

2) daß der Beytritt zu einem Rechtsstreite, da, wo dieser anhängig ist, geschehen solle.

L. 49. pr. D. de iudic, Venditor ab emtore denunciatus, ut eum evictionis nomine defenderet, *dicit se privilegium habere sui iudicis.* Quaeritur, an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem et emtorem coepta est, ad suum iudicem revocare? Paulus respondit, *venditorem emtoris iudicem sequi solere.*

3) Daß der, für die Hauptsache competente Richter alle, sonst vor ihn nicht gehörende Präjudicial-Puncte entscheiden soll.

L. 3. Cod. de iudiciis. Quoties quaestio status bonorum disceptationi concurrit: nihil prohibet, quo magis apud eum quoque, *qui alioquin super causa status cognoscere non possit*, disceptatio terminetur.

Weiter gehen sie nicht [72]).

72) S. Thibaut Syst. des P. R. 3. Bd. §. 1075.

Lib. XI. Tit. III.

De servo corrupto.

§. 753.

Actio de servo corrupto directa et utilis.

Corrumpere servum alienum heißt hier nicht eines Andern Sklaven an seinem Körper beschädigen, sondern sein Gemüth verderben, und ihn zu bösen Handlungen verführen, z. B. zur Dieberey, Schwelgerey, Unzucht [73]). In einem solchen Falle giebt nun der Prätor dem Herrn des verführten Sklavens gegen den Verführer eine Klage auf doppelten Ersatz alles durch die Verführung des Sklavens erlittenen Schadens [74]). Diese Klage heißt *actio de servo corrupto* [75]). Auch der Ehemann konnte diese Klage gegen seine Ehefrau anstellen, wenn sie den Sklaven selbst verführt hatte. Dann gieng aber die Klage aus einer besondern Begünstigung der Ehe nur auf das Einfache [76]).

Di-

73) *L.* 1. *et* 2. *D. h. t.* S. *Ans. Frid.* PISTORIUS in Diss. ad fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris XL. Digestor. supersunt, praes. HOFACKER def. ad L. 16. D. h. t. pag. 40. sqq.

74) *L.* 1. *pr. L.* 5. §. 2. *L.* 9. §. 2. *h. t.*

75) *L.* 14. §. 1. *D. h. t.*

76) *L. ult. D. h. t.*

Direct steht also die Klage nur dem Herrn eines böslich verführten Sklavens zu, und geht blos in diesem Falle, sofern sie nicht gerade wider des Klägers Ehefrau angestellt wurde, auf das Doppelte, welches theils den Ersatz des Schadens, theils eine Strafe für den Verführer enthält [77]). Sie ist also keine reine Pönalklage, sondern zugleich rei persecutoria. Auch den Erben und übrigen Nachfolgern stand diese Klage zu, nur gegen die Erben des Verführers wird sie nicht gestattet. Ulpian sagt *L.* 13. *pr. D. h. t.*

Haec actio perpetua est, non temporaria, et heredi, caeterisque successoribus competit, *in heredem* non dabitur, *quia poenalis est.*

Cornel. van Bynkershök [78]) will zwar die letzten Worte dieses Fragments für corrupt halten, weil die actio de servo corrupto keine reine Pönalklage sey, und nach diesem Gesetz die Klage auch nicht einmal als persecutorisch gegen die Erben Statt finden würde. Er will daher statt jener Worte, lieber: *qua poenalis est*, lesen. Allein van Vryhoff [79]) hat diese Meinung hinlänglich widerlegt. Bynkershök hat nicht bedacht, daß die actio de servo corrupto zwar von Seiten des Klägers eine vermischte Klage, nämlich eine actio ex delicto rei et poenae persecutoria ist [80]); daß sie hingegen von Seiten des Beklagten immer

77) *L.* 9. §. 2. *L.* 10. *D. h. t.*

78) Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 13. et Lib. VII. cap. 25.

79) Observation. iuris civ. (*Amstelaed.* 1747. 8.) Cap. 4.

80) *L.* 14. §. 5. *D. h. t.* sagt Paulus ausdrücklich: *In hac actione non extra rem duplum est*, id enim, quod damni datum est,

immer eine Pönalklage sey. Denn was der Beklagte wegen dieser Klage zahlt, bezahlt er immer als Strafe für sein Delict, wenn er auch aus seiner Verführung gar keinen Vortheil gezogen hat [81]). Ganz recht sagt daher Ulpian, die Klage habe gegen die Erben nicht Statt, *quia poenalis est.* Nam actiones, quae a parte rei mere poenales sunt, nunquam in heredes dantur [82]).

Utiliter wird die Klage a) auch jedem andern eingeräumt, der zwar nicht Eigenthümer ist, aber doch wegen eines an dem verführten Sklaven habenden dinglichen, Nutznießungs- oder Sicherheitsrechts, durch die Verführung desselben Schaden erlitten hat [83]). b) Dem Vater wegen des verführten Sohnes. Jedoch geht diese actio utilis

est, duplatur. Haloander hat zwar die Partikel non hier nicht. Allein daß die florentinische Leseart den Vorzug verdiene, haben *Ant.* AUGUSTINUS Emendat. Lib. I. cap. 2. bey *Ev.* OTTO in Thes. iur. Rom. Tom. IV. p. 1434. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 258. gezeigt.

81) *L. 5. §. 5. D. h. t.* besonders *L. 20. Cod. de furtis et servo corr.*

82) *L. 1. §. ult. D. de eo, per quem factum erit. L. 3. §. 15. D. Si mensor falsum modum dix. L. 9. §. 1.* verglichen mit *L. 7. pr. et §. 2. D. Quod falso tutore.* Man sehe auch *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. Lib. XI. ad h. L. 13. pr. D. h. t. pag. 448.

83) *L. 9. §. 1. L. 14. §. 3. et 4. D. h. t.* Einem bonae fidei possessor hingegen wird die Klage *L. 1. §. 1. D. h. t.* darum versagt, quia nihil eius interest, servum non corrumpi, et quia absurdum est, duobus actionem servi corrupti competere. Dieß paßt nun aber freylich nur auf den Fall, da sich der wahre Eigenthümer schon gemeldet hat. S. *Io.* IENSII Strictur. ad Rom. iuris Pandect. et Cod. ad h. L. 1. pag. 99.

utilis nur auf Leistung des Interesse, welches der richterlichen Schätzung zu überlassen ist, mithin auf das Einfache [84]).

§. 754.

Heutiger Gebrauch und Ausdehnung der actio de servo corrupto.

Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche wird utiliter die actio de servo corrupto 1) dem Leibherrn wegen der Verführung seiner Leibeignen [85]); 2) der Mutter wegen ihrer verführten Kinder [86]); 3) dem Ehemann wegen seiner verführten Ehefrau [87]); 4) der Herrschaft wegen der Verführung ihres Gesindes [88]); 5) den Militär-Chefs wegen der Verführung ihrer Soldaten [89]); und 6) der Gerichtsherrschaft wegen ihrer verführten Unterthanen [90]) eingeräumt. Sie geht zwar überall nur auf einfachen Schadensersatz, sie kann aber doch auch zugleich auf Bestrafung des Verführers gerichtet werden [91]).

Lib. XI.

84) L. 14. §. 1. D. *h. t.* *L.* 2. *I. de liber. exhib.* Anderer Meinung ist zwar CUJACIUS Observation. Lib. XVII. cap. 11. Allein man sehe *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. p. 253.

85) S. *Bern. Maurit.* HOFFMANN Diss. de usu practico utilis remedii servi corrupti. *Altdorf.* 1735.

86) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4054.

87) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5.

88) S. Joh. Lor. Dorns Gesinderecht §. 106. und §. 107.

89) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 5. in fin.

90) STRUV Syntag. iur. civ. Exercit. XV. Th. 50.

91) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 9. et 10. HOFACKER loc. cit. §. 4054. in fin. Mehrere wollen jedoch behaup-

Lib. XI. Tit. VI.

De fugitivis.

§. 755.

Rechte eines römischen Herrn in Absicht auf die Verfolgung entlaufener Sklaven.

Servus fugitivus wurde ein solcher Sklave genennt, welcher sich ohne Wissen und Willen seines Herrn in der Absicht entfernte, um nie wieder zu ihm zurückzukehren [92]). Flohe der Sklave blos vor seinem erzürnten Herrn, bis sich desselben Zorn gelegt hatte, oder begab er sich aus Furcht vor Mishandlungen heimlich zu einem guten Freund, um für ihn bey dem Herrn vorzubitten, so war dies kein *servus fugitivus* [93]). Auch unterschied man

behaupten, die actio de servo corrupto gehe noch jetzt auf das Doppelte. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXIV. medit. 8. Corol. 3. Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1214. u. a. Allein die directe Klage, welche nur eigentlich auf das Doppelte gieng, kann heut zu Tage gar nicht mehr vorkommen. Hellfeld meint zwar, der Gebrauch der actio directa lasse sich an den Orten nicht bezweifeln, wo noch Leibeigenschaft herrscht. Er läßt aber deswegen doch die Klage nicht auf das Doppelte zu.

92) *L.* 17. *pr. et* §. 1 — 13. *D. de aedilit. edicto.* Don. *Raphael de* VILLOSA Tr. de fugitivis. *Neapol.* 1674. f.

93) *L.* 43. §. 1. *D. eodem.* VOET Comm. h. t. §. 1.

man davon einen *Erro*, d. h. einen Herumläufer [94]. Wenn nun ein römischer Sklave seinem Herrn davonlief, so begieng er gleichsam an sich selbst einen Diebstahl [95]), denn er war das Eigenthum seines Herrn. Daher konnte der Herr den Flüchtling vindiciren, bey wem er ihn fand [96]). Hatte der Herr bey dem Magistrat um die Erlaubniß angehalten, den Sklaven überall aufsuchen zu dürfen, dergleichen Erlaubniß keine Obrigkeit bey einer Strafe von hundert Solidis versagen konnte; so durfte sich Niemand bey gleicher Strafe der Haussuchung widersetzen [97]). Diejenigen, welche zur Aufsuchung der entlaufenen Sklaven gebraucht wurden, hießen *fugitivarii;* sie erhielten dafür einen Lohn, welcher *indicium* genennt wurde [98]). Wenn Jemand den Sklaven eines Andern zur Flucht verleitet hatte, so wurde dies als eine Corruption angesehen, und deshalb die actio de servo corrupto auf das Dop-

 pelte

94) *L.* 17. §. 14. *D. eodem.*

95) *L.* 60. *D. de furtis.* Ancilla fugitiva *sui furtum facere* intelligitur. Daher war ein servus fugitivus, so wenig, als eine res furtiva, usucapionsfähig. *L.* 1. *Cod. de servis fugitivis.*

96) S. *Io. Ge.* DARIES Diss. de iure vindicandi servos fugitivos, *Francof. ad Viadr.* 1764.

97) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Ulpian schreibt diese Verordnung einem Senatusconsultum zu, ohne es jedoch zu nennen. Er bemerkt dabey, daß eben dieses schon früher sowohl durch die Lex *Favia*, als durch ein SCtum, *Modesto* Consule factum, verordnet worden sey. Man vergleiche *Christ. Henr.* BREUNING Prolus. ad SCtum Modestianum ex Cap. 1. Dig. de fugitivis. *Lipsiae* 1755. 4.

98) *L.* 15. *et* 18. *D. de praescr. verbis. L.* 4. §. *ult. D. de condictione ob turp. caus.* CUJACIUS Observation. Lib. XXI. cap. 11. und VOET h. t. §. 2.

pelte verstattet [99]). Wer hingegen den Flüchtling aufnahm und verheimlichte, wurde als ein Dieb behandelt, und gegen ihn hatte die actio furti statt [100]). Nach dem neuern Römischen Rechte mußte der Detentor zur Strafe entweder noch einen andern Sklaven von gleicher Art dazu geben, oder dem Herrn eine Strafe von 20 Solidis bezahlen [1]). Jedoch waren diejenigen zu entschuldigen, welche den entlaufenen Sklaven aus Mitleid, oder aus Irrthum aufgenommen hatten, weil sie ihn für einen freyen Menschen hielten [2]). Auch der Sklave wurde gestraft, zuweilen sogar mit dem Verluste eines Beins, oder mit der Verurtheilung zum Bergbau, wenn er zu den Barbaren überlief [3]).

§. 756.

Heutiger Gebrauch dieser Lehre.

Die heutigen Leibeignen sind zwar keine römischen Sklaven, aber doch ihrer Person nicht mächtig. Der deutsche Leibeigene darf daher ohne die Einwilligung des Leibherrn zu desselben Nachtheil über seine Person nichts verfügen. Verletzt er dessen ohngeachtet seine Pflichten so weit, daß er sich seinem Herrn zu entziehen sucht, und davonläuft, oder ohne desselben Bewilligung sich in solche Verbindungen einläßt, die neben der ihm obliegenden Dienst- und Zinspflicht nicht bestehen können; so steht auch

99) *L. 1. pr. et §. 2. D. de servo corrupto.*

100) *L. 1. pr. D. h. t. L. 48. §. 1. D. de furtis.*

1) *L. penult. Cod. de serv. fugitiv.*

2) *L. 5. D. de servo corrupt. L. 4. in med. Cod. de servis fugitiv.*

3) *L. 2. D. h. t. L. 3. Cod. de servis fugitiv.*

auch dem Leibherrn ein Vindications- oder Abforderungsrecht zu, welches man das Besatzungsrecht nennt [4]). Daß der entwichene Leibeigne auch dafür gezüchtiget werden könne, leidet keinen Zweifel [5]). Ein Leibherr kann ferner seinen entlaufenen Leibeigenen mit Steckbriefen verfolgen [6]); und diejenigen machen sich straffällig, welche solche Leibeigene aufnehmen, und sie bey sich versteckt halten. Sie können auch auf das Interesse belangt werden [7]).

Unsere Dienstboten sind zwar für ihre Person freye Leute, sie sind aber doch, vermöge des Miethcontracts pflichtig, die Dienstzeit, bis auf welche sie sich verdungen haben, auszuhalten, und dürfen den Dienst vor Beendigung des Termins rechtlicher Weise nicht verlassen [8]). Hätten sie gerechte Ursachen, nicht länger in dem Dienst zu bleiben, so müssen sie entweder ihre Entlassung von der Herrschaft in Güte zu erhalten suchen, oder ihre Beschwerden der Obrigkeit anzeigen, und deren Entscheidung abwarten. Unterlassen sie dieses, und gehen eigenmächtig und wider den Willen der Herrschaft aus dem Dienste, so können sie nicht nur gestraft, sondern auch durch richterliche Hülfe gezwungen werden, wieder zu dem verlassenen Dienst

4) POTGIESSER Commentar. iuris germ. de statu servorum Lib. II. cap. 9. und Lib. V. Cap. 2. §. 20. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 6. Band. §. 545.

5) POTGIESSER cit. Commentar. Lib. II. Cap. 8.

6) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

7) *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 3.

8) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 5.

Dienst zurückzukehren, und ihre Zeit auszudienen, oder der Herrschaft allen Schaden und Interesse zu ersetzen [9]). Haben sie überdem ihrer Herrschaft Kleider, oder andere Effecten mitgenommen, so können sie als Diebe behandelt werden [10]).

9) S. Joh. Lor. Dorns Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts §. 104. und §. 105. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Th. XV. not. α Nr. V. sqq.

10) LEYSER Meditat. ad Pand. Tom. II. Specim. CXXV. Cor. 3. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXI. Th. 19. in fin. und MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XV. Not. α. Nr. IX.

Lib. XI.

Lib. XI. Tit. V.

De aleatoribus.

§. 757.

Bedeutung des Worts *alea*. Unterschied zwischen Glücks- und Kunstspielen. Verschiedene Arten der letztern, deren *L.* 3. *C. h. t.* Erwähnung thut.

Der Ausdruck *alea* bezeichnet überhaupt einen ungewissen Glückszufall, oder den ungewissen Ausgang eines Geschäfts, bey dem man gewinnen und verlieren kann. Daher *conventio aleae*, ein Vertrag, der über einen künftigen ungewissen Gewinn geschlossen wird [11]). Insonderheit aber wird *alea* in den Gesetzen des Röm. Rechts jedes Glücksspiel genennt, wobey der aufs Spiel gesetzte Gewinn von einem bloßen Glückszufall abhängt [12]). Dergleichen Spiel geschahe bey den Römern mit Würfeln, welche von zweyerley Art waren, *tali* und *tesserae*, die sich durch ihre Form, verschiedene Art der Bezeichnung, und Materie unterschieden, wie Ajala [13]) mit vieler Ge-

11) *L.* 8. §. 1. *D. de contrah. emt. L.* 7. *et* 11. *D. de heredit vel act. vend.* S. BRISSON. de Verbor. Signif. v. *Alea*.

12) *Petr. Pantoja de* AIALA Commentar. in Tit. Digestor. et L. fin. Cod. de aleatoribus. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. IV. pag. 914. sqq.)

13) Comm. cit. ad L. fin. Cod. de aleat. bey OTTO T. IV. p. 1010. sq.

lehrsamkeit gezeigt hat. Von der alea unterschied man die Kunstspiele, (*ludi artis*) wodurch man den Muth übte, und den Körper abhärtete, auch demselben Geschicklichkeit und Gewandtheit zu verschaffen suchte. Justinian erlaubt namentlich fünf Spiele dieser Art [14]). 1) *Monobolos*. Dieser Ausdruck wird verschiedentlich erklärt. Pancirolus [15]) versteht darunter das Wurfspiel, wobey der Wurfspieß oder Pfeil mit der bloßen Hand ohne Riemen geschleudert wurde. Es soll eben das Spiel seyn, wovon Paulus sagt *L.* 2. *D. h. t.* Si quis certet hasta, vel pilo iaciendo. Balsamon [16]) versteht darunter das Wettlaufen. Cujaz [17]) und Ajala [18]) hingegen erklären jenen Ausdruck von einem Springen ohne Hülfe einer Stange oder eines Springstocks. 2) *Contomonobolos* ist das Springen mit Hülfe einer Stange oder Springstocks. Cujaz sagt saltus conto suffultus. So erklären es auch Ajala und Balsamon. Pancirolus hingegen sagt: *Contomonobulum* ludus est conti et ipsius semel iaculandi. 3) *Quintanus Contax sine fibula*. Das Werfen eines Pfeils oder Spieses ohne Schwungriemen. So erklärt es Ajala. Pancirolus hingegen sagt: *Quintanae* ludus est, quo contus a currente equite in hominem ligneum figitur. Er leitet den Namen a Quintana via her, quae in castris Romanis in Quintanam

14) *L.* 1. *L.* 3. *C. h. t.*

15) Thesaur. variar. Lection. Lib. I. cap. 47.

16) Nomocanon. Tit. XIII. cap. 28.

17) Paratitla in Cod. h. tit.

18) Commentar. in L. fin. Cod. de aleator. bey OTTO Tom. IV. pag. 1086.

tanam portam exibat. Denn an diesem Orte pflegten die römischen Soldaten zu exerciren. Cujaz und Ajala hingegen leiten den Namen von dem Erfinder dieses Spiels her. 4) *Perichyte.* Das Kämpfen und Ringen. Ajala sagt mit Cujaz est luctae exercitatio, s. colluctatio. Pancirolus hingegen sagt: *Perichytes* quid sit, difficile est scire, forte legendum πυῤῥίχην, quod est genus saltationis, qua armati quandoque exercebantur, praecipue vero motiones corporis imitabantur, velut ictus iactusque in se factos declinantes. 5) *Hippice* ist das Wettfahren oder Wettrennen mit Pferden. *Hippodromus* [19]). Diese Kunstspiele waren erlaubt, wenn sie auch um Geld geschahen. Nur durfte man auch hier nicht zu hoch spielen. Das Gesetz erlaubt auch selbst den Reichen nicht über einen Solidus zu spielen [20]). Ein bey den Römern erlaubtes Kunstspiel, wobey man blos den Verstand übte, scheint zwar auch das Schachspiel, *ludus latrunculorum* seu *scaccorum*, gewesen zu seyn [21]). Seneca [22]) gedenkt wenigstens dieses Spiels öfters, als eines erlaubten Spiels. Justinian hat es aber doch unter den von ihm ausgenommenen fünf erlaubten Spielen nicht mit aufgeführt; sondern verbietet alle Spiele um Geld

19) Ueber diese verschiedenen Arten der erlaubten Spiele vergleiche man noch STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 14 — 18.

20) *L. fin. Cod. de aleator.* HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. versteht unter dem *Solidus* einen aureus.

21) S. *Guid.* PANCIROLLUS in Thes. variar. Lection. utriusq. iuris. Lib. I. cap. 48.

22) *Epist.* 106. *nr.* 11. — Latrunculis ludimus. et *Epist.* 117. *nr.* 30.

Geld und Geldeswerth, welche nicht zur Abhärtung des Körpers und zur Uebung des Muths abzwecken [23]). Bloße Glücksspiele, *ludi alearum*, waren nun schon von jeher bey den Römern verboten. **Marcian** [24]) gedenkt deshalb der *Lex Titia*, *Publicia* und *Cornelia*. Zwar fehlen uns hierüber die weitern Nachrichten [25]). Allein unstreitig sind dieselben eben diejenigen Gesetze, worauf Horaz [26]) zielt, wenn er von der *alia legibus vetita* spricht. Es ist also nur Erneuerung eines alten Verbots, wenn **Justinian** *L.* 3. *Cod. h. t.* sagt:

Alearum usus antiqua res est, et extra operas pugnatorias [27]) concessa, verum pro tempore abiit in lachrymas, multa millia extranearum nationum suscipiens. Quidam enim nec ludentes, nec ludum scientes, sed numeratione tantum proprias substantias perdiderunt, die noctuque ludendo, argento, apparatu lapidum, et auro. Consequenter autem ex hac inordinatione blasphemare Deum conantur, et instrumenta conficiunt. Commodis igitur subjectorum prospicientes, hac generali lege decernimus, ut nulli liceat in publicis vel privatis domibus vel locis ludere, neque

23) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12.

24) *L.* 3. *D. h. t.*

25) S. *Ant.* AUGUSTINUS de Legib. et SCtis. (*Paris.* 1584. f.) pag. 57. pag. 121. u. pag. 141. und AIALA cit. Commentar. ad L. 3. D. h. t. bey OTTO Tom. IV. pag. 987.

26) Carm. Lib. III. Od. 24. v. 58.

27) So lesen Charondas, Godefroi, und Spangenberg. Allein Russard, Baudoza, und Hugo a Porta haben *pugnatoribus*, welches richtiger zu seyn scheint.

neque in genere neque in ſpecie,, et ſi contra factum fuerit, nulla ſequatur condemnatio, ſed ſolutum reddatur, et competentibus actionibus repetatur ab his, qui dederint, vel eorum heredibus, aut his negligentibus, a Patre aut defenſoribus illius civitatis : vel recipiat fiscus, non obſtante niſi quinquaginta annorum praeſcriptione :Epiſcopis vero locorum hoc providentibus, et Praeſidum auxilio utentibus. Deinceps vero ordinet quinque ludos, Monobolon, Contomonobolon, Quintanum contacem ſine fibula, et perichyten, et hippicem, quibus ſine dolo atque callidis machinationibus ludere permittimus. Sed nec permittimus etiam in his ludere ultra unum ſolidum, ſi multum dives ſit: ut ſi quem vinci contigerit, caſum gravem non ſuſtineat. Non enim ſolum bella bene ordinamus, ſed et res ludicras [28]). Sed iſtam interminantes poenam transgreſſoribus, poteſtatem dando epiſcopis hoc inquirendi, et Praeſidum auxilio ſedandi. Prohibemus etiam, ne ſint equi ſeu equeſtres lignei [29]); et ut

28) Baudoza lieſet res ſacras. Godefroi und Charondas haben res ſacras ludicras. Allein dieſe Leſeart iſt offenbar unrichtig. Res ludicras haben Ruſſard, Hugo a Porta und Spangenberg.

29) Was dies für eine Art von Spielen geweſen ſeyn mag, iſt unbekannt. Balſamon führt in ſeinem Nomocanon die verſchiedenen Meinungen an, unter denen Ajala in Comm. ad L. fin. D. de aleator. (bey OTTO IV p. 46.) folgende für die wahrſcheinlichſte hält: *ligneam eſſe fabricam per ſcalas ligneas exaltatam, habentem in medio diverſa foramina. Nam qui hoc genere ludebant, quatuor globulos diverſorum colorum ſuperiiciebant ex ſuperiori parte; et qui primus globulorum per foramina*

ut si quis ex hac occasione vincatur, hoc ipse recuperet domibus eorum publicatis, ubi haec reperiuntur. Si autem noluerit recipere is, qui dedit, procurator noster hoc inquirat, et in opus publicum convertat. Similiter et iudices prohibeant, ut a blasphemiis, et periuriis, quae ipsorum inhibitionibus debent comprimi, omnes homines penitus conquiescant.

Darin weicht jedoch Justinian von der Strenge der ältern Gesetze ab, daß er wegen des verbotenen Spielens keine Strafen, sondern blos privatrechtliche Folgen bestimmt hat, dahingegen nach den ältern Gesetzen gegen die Spieler eine peinliche Rechtsverfolgung (iudicium publicum) Statt hatte [30]). Es ist daher unrichtig, wenn von vielen neuern Criminalisten [31]) behauptet wird, daß das Römische Recht die Hazardspiele zu den criminibus extraordinariis rechne [32]). Nach Justinians Vorschrift sollen blos Häuser, wo hölzerne Spielpferde gefunden werden, dem Fiscus zufallen [33]); und in einer neuern Verordnung dessel-

na ex ultimo foramine egrediebatur, hic victoriam dabat ei, qui projecerat. Allein die Sache bleibt im Dunkeln. S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. nr. VII. not. h.

30) CICERO *Orat. Philipp. II. cap.* 23.

31) v. Quistorp Grundsätze des teutsch. peinl. Rechts 1. Th. §. 435. Klein Grundſ. des peinlichen Rechts §. 465. u. a. m.

32) Das Gegentheil haben schon längst *Ant.* MATTHAEUS de criminibus Lib. XLII. Tit. ult. Cap. 6. nr. 3. und *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. XXXIII. Th. 7. gezeigt.

33) Daß das den Spielern eingeräumte Haus außerdem dem Fiscus anheimgefallen sey, wie Quistorp a. a. O. und Klein a. a. O. behaupten wollen, ist unerweislich. Ueberdem

desselben [34]) werden blos gegen Geistliche, zur Aufrechterhaltung der Kirchenzucht, kirchliche Strafen bestimmt [35]). Auch die gemeinen deutschen Gesetze, und unter diesen auch die peinliche Gerichtsordnung Carls V. haben keine Strafe für unerlaubte Spiele festgesetzt [36]). Nach mehreren deutschen Provinzialgesetzen hingegen ist das Hazardspiel bey nahmhafter Geld- und anderer Strafe verboten [37]).

Es ist wohl unstreitig ein Irrthum, wenn Hellfeld die Glücksspiele für nichts anders, als conditionatae de donando conventiones halten, und aus diesem Grunde dieselben nach dem Naturrechte rechtfertigen will. Man darf sich nur einen richtigen Begriff vom Spielgeschäft machen, so wird man sich ohne Schwierigkeit überzeugen, daß es ein oneroses Geschäft sey. Spiel ist nämlich ein solches Geschäft, wobey der ungewisse Ausgang eines gewissen Thatumstandes, oder einer bestimmten Bedingung, welcher entweder vom bloßen Zufall abhängt, oder durch Geschicklichkeit, oder durch beydes zugleich bewirkt werden kann, entscheidet, welche von zwey oder mehreren dabey interessirten Personen den Vorzug oder Gewinn haben solle.

Die

dem fällt dies heut zu Tage weg, was das Röm. Recht wegen der hölzernen Spielpferde verordnet hat. S. LEYSER Specim. CXXVI. medit. 3. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 916. a. E.

34) *Nov. CXXIII. cap.* 10.

35) S. FEUERBACHS Lehrbuch des peinl. Rechts §. 445.

36) S. Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 3. Th. §. 561. S. 550.

37) Beyspiele führt Quistorp an 1. Th. §. 437. Not.*. S. 656.

Die Bestimmung der entscheidenden Bedingung, so wie die Bestimmung des Gewinstes, der dem Sieger zu Theil werden soll, ist die Folge einer Uebereinkunft, welche man den Spielvertrag nennt. Dieser Vertrag ist also seiner Natur nach 1) ein bedingtes Geschäft. Denn es hängt die Erwerbung des verabredeten Gewinnes von der Existenz einer bestimmten Bedingung ab. 2) Jeder der Spielenden macht sich verbindlich, daß er dem Andern, für welchen die Bedingung günstig ausfallen wird, seine Rechte an der aufs Spiel gesetzten Sache abtreten wolle. Es ist also 3) ein oneroser Vertrag, denn es liegt ein gegenseitiges Versprechen zum Grunde, im Falle ein ungewisser Thatumstand existiren, oder nicht existiren sollte, Etwas an den Andern verlieren zu wollen [38]). Hiermit widerlegen sich schon vorläufig die unrichtigen Folgerungen, welche Hellfeld im Betreff der Insinuation und Verletzung des Pflichttheils aus seiner Idee ableitet, wovon §. 759. ein Mehreres.

§. 758.

Grundsätze des Römischen R e vom Spiel.

Es ist bereits bemerkt worden, daß das neuere Römische Recht mit dem Verbot des Spiels nur hauptsächlich privatrechtliche Folgen verknüpft. Sie bestehen darin.

1) Der

38) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 915. wo er Hellfelds Meinung mit Recht verwirft. Richtiger sagt Dabelow im Handbuch des heutigen gem. Röm. deutschen Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1316. Not. c. Spielvertrag ist ein Vertrag zwischen zwey oder mehreren Personen, dessen wechselseitige Leistungen vom bloßen Glücke, von der Geschicklichkeit der Paciscenten, oder von beydem zugleich abhängig sind.

1) Der ganze Spielvertrag ist nichtig, und zwar so nichtig, daß das, was im Spiel verloren worden, nicht nur nicht gefordert, sondern sogar, wenn es schon bezahlt ist, selbst von dem Verlierenden gegen allgemeine Grundsätze unbedingt zurückgefordert werden kann [39]). Eben dieses Recht steht den Erben zu; und wenn es auch diese nicht zurückfordern, so kann es von der Obrigkeit des Orts oder vom Fiscus geschehen [40]). Hat ein filius familias das Geld verspielt, so kann es der Vater zurückfordern [41]), und überall soll die Klage wegen der Zurückforderung erst nach funfzig Jahren präscribirt seyn [42]). Selbst gegen den Vater und Patron wird dem Sohn und Freygelassenen eine actio utilis oder in factum aus dem Edict des Prätors gestattet, um das an sie im Spiel Verlorne zurückzufordern [43]).

2) Wer

39) Sonst ist es eine Regel: Si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessor potior est, et ideo repetitio cessat. *L.* 8. *D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* Diese Regel sollte auch hier gelten. Denn wer sich in ein verbotenes Spiel eingelassen, und das Verlorne bezahlt hat, hat im Ganzen eben so unerlaubt gehandelt, als der andere, welchem das Glück günstiger war. Nun sollen in einem solchen Falle die Theilnehmer einer unerlaubten Handlung keinen Regreß gegen einander nehmen dürfen, weil beyde Contrahenten durch Eingehung eines verbotenen Geschäfts die Gesetze übertreten. Allein die Gesetze machen gleichwohl bey Spielschulden eine Ausnahme. S. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. S. 333.

40) *L.* 3. *C. h. t.*

41) *L.* 4. §. 1. *D. h. t.*

42) *L.* 3. *Cod. h. t.*

43) *L. ult.* §. *ult. D. h. t.* wobey die *Scholia Basilicorum Lib. LX. Tit.* 8. Tom. VII. *pag.* 234. *lit. L.* zu vergleichen sind, und zwar die

Worte

2) Wer wissentlich Geld zu einem verbotenen Spiel dargeliehen hat, er sey Mitspieler oder nicht, kann das Anlehn nicht zurückfordern. Viele Rechtsgelehrten [44]) wollen zwar behaupten, daß einem Dritten, der an dem Spiel selbst weiter keinen Antheil genommen hat, die Klage auf Wiederbezahlung des Darlehns nicht versagt werden könne, weil bey demselben nicht eben der Grund, wie bey dem Mitspieler, eintrete, welcher den Schuldner durch den Geldvorschuß zum Spiel zu verleiten suchte, um sich mit seinem Schaden zu bereichern. Allein dagegen verdient erwogen zu werden, daß derjenige, welcher wissentlich Geld zur Beförderung einer verbotenen Handlung hergiebt, sich derselben theilhaftig macht [45]); und wenn Jemand beym Spiel einem Andern eine Sache verkauft, um Geld zum Spiel zu erhalten, so hat der Käufer keine Klage gegen den Verkäufer, wenn ihm die Sache evincirt wird [46]). Warum sollte denn derjenige eine Klage haben, welcher wissentlich zum Spiel Geld dargeliehen hat? Hierzu kommt noch, was Ulpian [47]) sagt: *Si quasi perdituro*

Worte *εἰ δὲ καὶ* etc. welche auf folgende Art richtiger übersetzt werden müssen: *Si vero etiam patres liberos, vel patroni libertos vicerint, datur contra patres et patronos utilis actio.* S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad h. L. ult. und *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Decad. XXXIII. Th. 9.

44) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. CARPZOV Respons. iur. Lib. VI. Resp. 96. nr. 15. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2070. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. Bd. Meditat. 95. u. MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. II. Sect. I. §. 463. nr. II. pag. 279.

45) *L. 7. D. de Lege Pompeia de parricid.*

46) *L. 2. § 1. D. Quarum rerum actio non dat.*

turo pecuniam sciens credideris, non habebis actionem. Man setzt uns zwar verschiedene Stellen aus dem römischen Recht entgegen; allein eine genauere Prüfung derselben wird jeden überzeugen, daß sie für jene Meinung nichts beweisen. Die eine ist die *L.* 3. §. 6. *D. de in rem verso*, wo Ulpian sagt: Nec non illud quoque in rem domini versum, *Labeo* ait, quod mutuatus servus, domino emit volenti ad luxuriae materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumtus subministravit: neque enim spectamus, an bono domini cesserit, quod consumtum est, sed an in negotium domini. Es ist hier nicht von dem Falle die Rede, da dem Sklaven etwa das Geld von dem Dritten wissentlich zur Beförderung einer unerlaubten Handlung seines Herrn war dargeliehen worden; sondern der Sklave hatte Geld geborgt, und dasselbe, jedoch mit Bewilligung seines Herrn, zu solchen Sachen verwendet, die blos zur Schwelgerey und Ueppigkeit dienten. Nun entstand die Frage ob unter diesen Umständen die actio de in rem verso gegen den Herrn begründet sey? Mit Recht entscheidet Ulpian diese Frage bejahend, weil es genug ist, daß das Geld für den Herrn, und zwar seinem Willen gemäß, verwendet worden, und dem Kläger, der sein Geld in gutem Glauben dargeliehen hatte, nichts zur Last zu legen war, wie Anton Faber [48]) dieses Fragment ganz richtig erklärt hat. Ajala [49]), welcher dem Dritten, der Geld zum

47) *L.* 12. §. 11. *D. Mandati.*

48) Rational. in Pandect. Tom. II. ad L. 3. §. 6. D. de in rem verso. pag. 246.

49) Commentar. ad L. 4. D. de aleator. bey OTTO Tom. IV. pag. 1002.

zum Spiel darleihe, nur dann die Klage abspricht, wenn er das Spiel in seinem Hause gestattete, führt noch eine andere Stelle an, woraus er beweisen will, daß außerdem die Bezahlung eines solchen Anlehns sogar mittelst einer Klage verfolgt werden könne. Es ist die *L. 1. §. 17. D. Si quid in fraudem patroni*, wo **Ulpian** sagt: Si mutuam pecuniam libertus in fraudem patroni acceperit, an faviana locum habeat, videamus: et quod remedium in hoc est. Accepit mutuam: si, quod accepit, donavit, convenit eum patronus, cui donavit libertus, sed accepit, et prodegit: non debet perdere, qui mutuum dedit; *nec ei imputari, cur dedit.* Allein die letztern Worte dieses Fragments beweisen ja nur zu deutlich, daß der Gläubiger an der Arglist des Freygelassenen keinen Theil genommen hatte. Warum hätte ihm also die Klage versagt werden sollen? Wie kann nun diese Stelle auf den Fall angewendet werden, wenn ein Dritter wissentlich Geld zu einem verbotenen Spiel darleihet? Hier kann man doch gewiß von einem solchen Gläubiger nicht sagen, *non potest ei imputari, cur dedit.* Mit Recht sprechen daher in diesem Falle **Brunnemann** [50]), **Stryk** [51]), **Leyser** [52]), **Emminghaus** [53]), **Weber** [54]) und **Thibaut** [55]) dem Gläubiger die Klage auf Zurückforderung des Anlehns

50) Commentar. ad L. 8. D. Pro emtore nr. 1.

51) Us. mod. Pand. h. t. §. 10. in fin.

52) Meditat. ad Pand. Tom. II. Specim. CXXVI. Corol. 1. pag. 607.

53) Ad *Coccejum* c. l. Qu. 2. not. i.

54) Systemat. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 76. S. 321.

55) Syst. des Pand. R. 2. B. §. 916.

lehns ab. Ist es ihm aber freywillig und wissentlich wiederbezahlt worden, so ist er nicht verbunden, es wieder herauszugeben. Denn hier ist keine specielle Verordnung vorhanden, welche die Zurückforderung des einmal Bezahlten gestattet [56]).

3) Wer Spieler aufnimmt, kann keine Genugthuung noch Schadloshaltung fordern, wenn er deswegen von Jemanden injuriirt worden ist, oder sonst bey dieser Gelegenheit einen Schaden erlitten hat [57]). Der Prätor verordnete deshalb in seinem Edict, wie Ulpian *L. 1. pr. D. h. t.* die Worte aufbehalten hat:

Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, sive quid eo tempore

Y 2

56) Man vergleiche vorzüglich Weber in der angef. Schrift §. 76. Nr. 1. S. 321. f. und THIBAUT a. a. O. S. 311.

57) AJALA in Commentar. ad L. 1. D. h. t. bey OTTO Tom. IV. pag. 914. glaubt, daß diese Verordnung nur auf diejenigen gehe, deren Haus jedem Spieler offen steht, und die also von der Aufnahme der Spieler Profession machen, und daraus für sich Gewinn und Vortheile ziehen. Diese, sagt er, wären eigentlich *aleatores* genennt worden. Von diesen rede das Edict des Prätors; und nur diejenigen seyen daher ALEATORES zu nennen, *qui frequenter et emolumenti causa lusores domi recipiunt.* Allein aus den Gesetzen erhellet diese Erklärung nicht. Es ist ihr auch die Allgemeinheit der Ueberschrift des Titels sowohl in den Pandecten als Codex entgegen, und auch aus andern Stellen erhellet, daß *aleatores* überhaupt diejenigen genennt werden, welche verbotene Spiele treiben. *L. 4. §. 2. L. 19. §. 1. D. de aedilit. edict.* L. 225. *D. de Verb. Sign.* S. BRISSONIUS de Verb. Sign. h. v.

pore dolo eius [58]) ſubtractum eſt, iudicium non dabo.

Ob der Schade von den Spielern ſelbſt, oder von andern geſchehen iſt, iſt gleichviel [59]); eine Klage ſoll ein für allemal dem Aufnehmer (Susceptor) nicht zuſtehen, wenn er bey Gelegenheit des Spiels oder um des Spielens willen

58) So leſen die florentiniſchen Ausgaben, als die Ruſſardiniſche, die Charondaiſche, die von Hugo a Porta, und die Gebauerſche. Baudoza und Haloander hingegen haben ſtatt dolo eius, *domo eius*, und dieſe Leſeart billigen beſonders *Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 259. §. De aleatoribus. *Ant.* FABER in Rational ad L. 1. pr. D. h. t. AJALA in Comm. ad L. 1. cit. pag. 914. et 916. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iur. ſec. ord. Dig. h. t. §. 1. und *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opuſc. poſtum. ſ. Hiſtor. Edictor. ad Tit. LV. Edicti perpet. not. d. pag. 538. Mit dieſer Leſeart ſtimmen auch die Baſiliken überein, welche Tom. VII. p. 220. ἐξ αὐτοῦ κλέψας haben. Gebauer macht zwar den Einwurf, daß es *ex domo* heißen müßte; er bemerkt jedoch ſelbſt, daß die fehlende Präpoſition durch eine Gemination des Buchſtabens e in dem Worte tempore leicht ergänzt werden könne, wenn man nämlich *tempore e domo eius* lieſet. Unſer Erlanger Pandecten Codex hat hier die beſte Leſeart. Er lieſet nämlich *de domo eius.* Daß auf jeden Fall ſtatt dolo vielmehr *domo* geleſen werden müſſe, erhellet theils daraus, weil *dolo* bey *ſubtractum* ein ganz unnützes Prädicat seyn würde, da es ſich von ſelbſt verſteht, daß ein Diebſtahl nicht ohne dolus gedacht werden kann; theils ſieht man es aus der nachfolgenden Interpretation des Ulpians *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* wo er das Wort *domus* erklärt. *Domum* autem, ſagt er, pro habitatione et domicilio nos accipere debere, certum eſt.

59) S. MÜLLER ad *Struvii* Syntagma iuris civ. Exercit. XV. Th. 33. not. g.

willen einen Schaden oder Beschimpfung erlitten hat. Aber merkwürdig ist der Unterschied, den Ulpian bey der Auslegung des Edicts macht, nämlich ob der Aufnehmer bestohlen worden ist, oder ob er sonst einen Schaden oder Beschimpfung erlitten hat. Im ersten Fall wird ihm nur dann die Klage versagt, wenn der Diebstahl in seiner Wohnung, und zur Zeit des Spielens geschahe; in dem letztern Fall hingegen soll ihm schlechterdings keine Klage zustehen, die Beleidung sey geschehen, wo, und zu welcher Zeit sie wolle. Ulpian sagt nämlich *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

Item notandum, quod susceptorem *verberatum* quidem, et *damnum passum*, ubicunque et quandocunque non vindicat: verum *furtum* factum domi, et eo tempore, quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit, qui quid eorum fecerit, impune fit.

Wissenbach [60]) findet dies zwar sehr parador und ungerecht. Denn was heißt dieses anders, sagt er, als die Menschen zu Diebstälen, Injurien, und Beschädigungen unter dem Versprechen der Impunität anreizen? Ueberdem stehe diese Verordnung mit dem bekannten Ausspruch der Gesetze [61]) im Widerspruche, *quod haud impunita maleficia esse oporteat.* Allein es verdient hier einen Platz, was Anton Faber [62]) zur Vertheidigung des Prätors geschrieben hat. Dignus quidem ille est, sagt er, qui

Y 3 hunc

60) Exercitat. ad Pand. Disput. XXIII. Th. 16.

61) *L.* 51. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.*

62) Rational. in Pand. ad L. 1. pr. D. h. t. T. II. P. II. pag. 541. Fast eben dieser Gründe bedient sich zur Vertheidigung des Prätors auch MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XV. Th. 53. not. *E.*

hunc verberavit, vel ei rapinam fecit, vel in eius domo aliquid dolo malo admisit, ut puniatur, ne, quod malo more doloque admissum est, remaneat impunitum. Sed indignus ille, qui ad lusum aleae domum suam praebuit, ut actionem ei Praetor accommodet: cum possit ipsi culpa imputari, cur ludum illicitum in domum suam induxerit. Ideoque nec damnum ullum sentire videatur. Prius enim quaerendum est de actoris, quam de rei indignitate, et cum utriusque turpitudo in hoc casu versetur, aut saltem indignitas, aequum est, meliorem esse causam possidentis, et deteriorem agentis. Bene autem Praetor credidit, non melius et efficacius aleae lusum prohiberi posse, quam si nemo sit, qui apud se alea lusum velit. Nec melius rursum deterreri eos, qui alioquin aleae lusum apud se suscepturi essent, quam si viderent contra se promissam a Praetore delinquentibus impunitatem.

Ulrich Huber [63]) zweifelt indessen, ob durch diese Gründe, so scharfsinnig auch das Edict des Prätors dadurch gerechtfertiget worden, der Wissenbachischen Censur ein vollkommenes Genüge geschehen sey. Er sieht daher die Sache von einer andern Seite an. Mit Recht, sagt er, versage der Prätor seine Rechtshülfe denjenigen, welche Spieler aufnehmen, wenn sie deswegen einen Schaden oder eine Beschimpfung erlitten haben, und es bloß auf bürgerliche Rechtsverfolgung ankommt. Allein dies hinderte den Praefectus urbis, welchem die Criminaljurisdiction zustand, keinesweges, vorgefallene Frevel von Amtswegen zu ahnden. Daß heut zu Tage dergleichen obrigkeitliche Ahndung

63) Eunom. Roman. Lib. XI. ad L. 1. pr. D. h. t. §. 4. pag. 453.

dung keinen Zweifel unterworfen seyn dürfte, ist wohl nicht zu läugnen [64]). Allein man erwäge, daß nach dem Römischem Rechte ein obrigkeitliches Verfahren von Amtswegen in Criminalsachen nicht Statt hatte [65]), und daß, wenn dem Beleidigten selbst das Recht, Genugthuung zu fordern, versagt war, auch gewiß keine peinliche Anklage Statt haben konnte. Es ist auch der Ausdruck: *impune fit*, von zu ausgedehntem Umfange, als daß eine obrigkeitliche Bestrafung von Amtswegen nach dem römischen Rechte noch angenommen werden könnte. Aus diesen Gründen hat wohl Ajala [66]) nicht unrecht, wenn er sagt: Verum adeo invisi sunt legibus *Aleatores* (so nennt er die Susceptores lusorum) tantusque publicae utilitatis versatur favor in eorum exterminatione, ut verberati, injuriis et damno affecti, rei familiaris furto fraudati non solum actione destituantur, sed etiam iudicis officio priventur; ita ut iudex pro arbitrio non possit haec crimina inquirere, et causa cognita in aggressores animadvertere. — Hic igitur est casus, ut advertit Odofredus, in quo delicta contra ea Iuliani verba: *cum neque impunita maleficia esse oporteat*, publicam effugiunt animadversionem. Und Voet [67]) fügt noch den

64) Eben dieses behaupten auch STRYK Us. mod. Pand h. t. §. 11. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. und THIBAUT im Syst. des P. R. 2. B. §. 916. lit. D.

65) Observat. select. ad *Carpzovii* Practic. nov. rer. crim. Qu. CIII. Obs. 2. P. III. pag. 3.

66) Commentar. in L. 1. D. de aleator. bey OTTO T. IV. pag. 919. nr. 15.

67) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

Grund hinzu, um die oben angeführte Meinung des Wissenbachs zu widerlegen: Nec est, quod quis putet, ea ratione ad delinquendum unumquemque invitari: cum potius, si certiorem sequamur rationem, id ita cautum sit, ad vindicandum delictum eorum, qui aleatoribus praebebant occasionem locumque ludendi. Nam cum ad impediendum hunc ludum, propter frequentiam eius, non sufficeret Praetor, caeterique Magistratus, singuli ad puniendum aleatorum receptatorem auctoritate publica per edictum Praetoris fuerunt armati: eo fere modo, quo id etiam factum in toto titulo, ac praecipue in *L. ult. D. Quod quisque iuris in alterum statuerit.*

Wenn die Spieler einander selbst beleidigen, oder berauben, oder sonst Schaden zufügen, so bleibt es beym gemeinen Recht, und die in einem solchen Falle zustehende Klage findet unter den Spielern gegenseitig Statt. Ulpian hat dieses ebenfalls bemerkt, wenn er *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* sagt:

Si rapinas fecerint inter se collusores, *vi bonorum raptorum* non denegabitur actio: *susceptorem* enim duntaxat prohibuit vindicari, *non et collusores*, quamvis et hi indigni videantur [68]).

4) Geistliche, welche unerlaubten Spielen beywohnen, werden suspendirt [69]); und

5) die-

68) Man sehe über diese Stelle AJALA Comment. in h. L. p. 921.

69) *Auth.* Interdicimus *Cod. de Episcop. et cleric.* welche aus der *Nov.* 123. *cap.* 10. genommen ist. S. *van* ESPEN Ius eccles. univ. P. I. Tit. II. Cap. 5.

5) diejenigen, welche zum Spiel zwingen, werden mit Geld- oder Gefängnißstrafen belegt. Der Prätor sagt in seinem Edict, wie Ulpian die Worte desselben *L.* 1. *pr. et* §. 4. *D. h. t.* aufbehalten hat:

In eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam.

und erklärt dasselbe auf folgende Art: Haec clausula pertinet ad animadversionem eius, qui compulit ludere, ut aut multa multetur, aut in *lautumias* 70) vel in vincula publica ducatur.

§. 759.

Heutige Anwendbarkeit dieser Grundsätze.

Ob die Grundsätze des Römischen Rechts über das Spiel noch heutiges Tages gelten, ist eine Frage, worüber die

70) *Lautumiae* sind keine lapidicinae, wie *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. meint; sondern eine Art Gefängniß, wie *Ger.* NOODT in Comm. ad Pandect. h. t. pag. 259. zeigt. Der Name stammt aus Syracus, wo das unterirdische Gefängniß, welches der Tyrann Dionys zur Bestrafung der Römer erbauen ließ, diesen Namen führte. Daher nennt Cicero *Orat. Verrin. VII.* dieses Gefängniß *Lautumiae Siracusanae.* Die Römer verstanden darunter dasjenige unterirdische Gefängniß, welches man das *Tullianum* nannte, vom König Tullus Hostilius. *Varro de Lingua Lat.* Lib. IV. und SALLUSTIUS *Conjurat. Catilin.* prope fin. Ausführlich haben davon *Franc.* POLLETUS in Historia fori Rom. Lib. V. cap. 14. pag. 510. sqq. und *Pentoja de* AJALA in Commentar. in L. 1. D. de aleat. pag. 930. sqq. gehandelt. Man sehe auch BRISSON. de V. S. h. v.

die Rechtsgelehrten unter sich nicht einig sind. Einige wollen an der heutigen Anwendbarkeit derselben darum zweifeln, weil die Erfahrung des gemeinen Lebens lehre, daß nicht nur unsere Fürsten und Landesherrn selbst spielen, sondern auch das Spielen dulten. Sie lassen sogar die Karten stempeln, und ertheilen denjenigen, die sie verfertigen, die Privilegien eines Monopols. Ja, indem sie nur einige Spiele namentlich in ihren Landen verbieten, haben sie die übrigen eben dadurch stillschweigend erlaubt. So urtheilen Schöpfer [71]) und Beyer [72]). Andere [73]) hingegen behaupten, daß zwar wegen einer Spielschuld keine Klage Statt finde, aber auch das im Spiel Verlohrne, wenn es schon bezahlt ist, nicht wieder zurückgefordert werden könne. Noch andere [74]) gestatten sogar wegen einer Spielschuld eine Klage, wenn der Verspielende die freye Verwaltung seines Vermögens hat, auch nicht über 500 Ducaten verlohren, noch seine Kinder dadurch im Pflichttheile verletzt, und auch sich selbst dadurch nicht übermäßig an seinem Vermögen geschadet hat. Die richtigste Meinung ist jedoch unstreitig die Meinung derjenigen Rechts-

71) Synops. Pand. h. t. nr. 19. und in Diss. de hodierna ludorum iustitia. *Francof.* 1696.

72) Delineat. Dig. h. t.

73) CARPZOV Respons. iur. Lib. VI. Resp. 96. nr. 16. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 19. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 7. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Band §. 211.

74) LUDOVICI Doct. Pandectar. h. t. §. 4. und SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3.

Rechtsgelehrten [75]), welche die Grundsätze des römischen Rechts über das Spiel auch heut zu Tage noch für gültig und anwendbar halten, soweit nicht Particulargesetze ein anderes verordnen. Man hat also vor allen Dingen darauf zu sehen, was die Landesgesetze eines jeden Orts wegen des Spielens überhaupt, und der Spielschulden insonderheit verordnen. Nach diesen muß man sich vor allen Dingen richten. Nun lassen sich zwey Fälle gedenken. Es sind entweder in denselben nur bloß gewisse Spiele, z. B. wahre und bloße Hazardspiele unter bestimmten Strafen verboten, oder es sind gewisse Spiele an sich erlaubt, aber auf eine gewisse mäßige Summe Geldes, die man in einem solchen Spiele verspielen oder gewinnen darf, eingeschränkt worden [76]). In dem ersten Falle sind zwar diejenigen Spiele, welche unter dem landesherrlichen Verbote nicht begriffen sind, für stillschweigend verstattet zu halten; sie müssen aber doch in ihren rechtlichen Folgen nach dem gemeinem Rechte, als welches hierdurch keinesweges für auf-

75) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXVI. medit. 3. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 214. *de* BOEHMER nov. iur. controv. Tom. I. Obs. 5. Struben rechtliche Bedenken 4. Theil Bed. 131. und 5. Th. Bed. 9. Böhmer auserlesene Rechtsfälle 2. Band. Decis. 100. Göz Beiträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit 2. Band. Nr. XI. S. 178. ff. Weber syst. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65. Not. 1. S. 232. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 916. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2071. und *Io. Lud.* LANGGUTH Exercitat. super usu condictionis lusu perditi ex L. ult. Cod. de aleator. *Lips.* 1762.

76) Dies ist z. B. in Sachsen der Fall, worüber HOMMEL in Rhapsod. quaestion. forens. Vol. III. Obs. 476. weitere Nachrichten giebt. Man sehe auch *de* BERGER Oec. iur. L. III. Tit. X. Th. 7. not. 4.

aufgehoben zu halten ist, beurtheilt werden. Denn daraus, daß dieselben nicht ausdrücklich verboten sind, folgt nur soviel, daß diejenigen sich nicht straffällig machen, die sie spielen. Keinesweges aber wird dadurch der durch die allgemeinen in Deutschland geltenden Gesetze entkräfteten Verbindlichkeit der daraus herrührenden Forderungen eine gesetzliche Kraft beygelegt. Es findet daher, auch der nicht verbotenen Spiele halber, weder einige Verbindlichkeit, noch Klage Statt. In dem letztern Falle hingegen ist entweder diesen Gesetzen gemäß gespielt worden, oder nicht. In jenem Falle, da nämlich nicht über die gesetzlich erlaubte Verlust- und Gewinstsumme gespielt worden ist, kann man das Gewonnene behalten, und das schuldig Gebliebene fordern [77]). Sind hingegen solche Gesetze überschritten worden, so kann das über die gesetzliche Summe verspielte Geld zurückgefordert, das schuldig gebliebene aber nicht eingeklagt werden [78]).

Fehlt es aber an dergleichen landesherrlichen Verordnungen, so müssen uns die Römischen Spielgesetze allerdings zur Richtschnur dienen, 1) weil das Römische Recht bey uns in Deutschland nach seinem ganzen Umfange angenommen, und noch jetzt überall geltende Norm ist, insofern es nicht überhaupt unserer Verfassung widerspricht, oder durch besondere Landesverordnungen oder Gewohnheiten nicht aufgehoben worden ist. Nun läßt sich aber hier 2) keine dem Römischen Recht derogirende Gewohnheit

er-

77) S. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 4. Götz in den angef. Beiträgen 2. Band Nr. XI. §. 8. S. 187. und Danz Handbuch des deutschen Privatrechts. 2. Band §. 211. S. 307.

78) de BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 10. Th. 7. not. 7.

erweisen. Man sagt es zwar den alten Deutschen nach, daß sie große Liebhaber vom Spiel gewesen seyn sollen [79]), und ihren Nachkommen scheint die Spielsucht fast angeerbt zu seyn. Daher sieht man, daß an Höfen und im Beysein der Fürsten so stark gespielt wird, wie in den Wohnungen der Privatpersonen. Gleichwohl darf der Richter das Spielen nicht nach dem Ton des gemeinen Lebens, sondern nur nach den Gesetzen beurtheilen, deren Diener er ist. Denn auch das Beyspiel der Großen vermag nicht eine, durch allgemein angenommene Gesetze verbotene, und, in Ansehung der daher entspringenden Verbindlichkeiten, ungültige Sache erlaubt oder gültig zu machen. Hierzu kommt, 3) daß die Gründe, worauf die Vorschrift des Römischen Rechts beruhet, von der Schädlichkeit des Spielens hergenommen sind, und daher auch noch jetzt fortdauern, weil wohl Niemand im Ernst behaupten wird, daß die Spielsucht heutiges Tages weniger Unheil nach sich ziehe, als zu den Zeiten des römischen Gesetzgebers. In Ansehung der Spielschulden sind zwar viel Rechtsgelehrten [80]) der Meinung, daß wegen derselben alsdann eine Klage Statt finde, wenn 1) über die Bezahlung einer solchen sonst ungültigen Schuld in der Folge ein Vergleich eingegangen worden, oder 2) die Schuld durch ein neues Versprechen, daß man sie bezahlen wolle, bestätiget worden ist. Allein diese Meinung läßt sich mit dem bekannten Satz nicht wohl vereinigen, daß keine wiederholte Zusage oder Genehmigung Jemandem ein Recht

79) TACITUS de moribus Germanor. cap. 24.

80) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2071. u. a. m.

Recht geben kann, auf die Erfüllung eines Geschäfts zu bringen, welches gegen die Vorschrift verbietender Gesetze eingegangen, und eben darum ganz ungültig ist. Es ist daher evident, daß in Ansehung verbotener Spielschulden nicht nur das eigentliche Constitutum, sondern auch jede freywillige Anerkennung ganz unverbindlich ist, weil die Gesetze in solchen Fällen dem Gläubiger durchaus alles Recht absprechen, und das Object, der nachherigen Anerkennung ungeachtet, doch immer die Eigenschaft behält, daß es den Rechten und verbietenden Gesetzen zuwider ist [81]). Es gilt dies besonders auch vom Transact. Ein Vergleich über eine Spielschuld hat doch immer eine res illicita zum Gegenstande. Wie kann also dadurch eine Verbindlichkeit als gültig anerkannt, und klagbar gemacht werden, welche die Gesetze dergestalt vernichten, daß sie sogar dem Schuldner erlauben, die schon geleistete Zahlung wieder zurückzufordern [82])? Aus eben diesem Grude kann daher auch so wenig die Stellung eines Bürgen, als die Gebung eines Unterpfandes, oder Ausstellung eines Schuldscheins oder Wechselbriefs für eine solche Anerkennung gehalten werden, dadurch die Schuld gültig und klagbar werden könnte. Vielmehr können die für eine solche Schuld gegebenen Pfänder eben so gut, als diejenigen, zurückgefordert werden, die zur Bekräftigung einer weiblichen Bürgschaft gegeben worden sind [83]); und der Bürge kann sich sogut, wie der

81) S. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 127. S. 561. f.

82) Es müßte denn etwa unter den Partheyen noch ungewiß gewesen seyn, ob das, worüber der Vergleich geschlossen worden, wirklich eine Spielschuld war, oder nicht.

83) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

der Aussteller des Schuldscheins gegen den Mitspieler, oder dessen Erben, oder gegen jeden, an den er etwa den Schuldschein abgetreten hätte, blos allein mit der Einrede: es ist eine Spielschuld, gegen die Bezahlung schützen [84]). Selbst das an sich nicht unerlaubte Billardspiel macht nach **Strubens** [85]) gegründetem Urtheil keine Ausnahme.

Uebrigens ist zwar an sich außer Zweifel, daß, wenn auch Particulargesetze gewisse Spiele erlauben, doch bey dem Spielvertrage immer die Bedingungen vorhanden seyn müssen, wovon die Gültigkeit eines Vertrags überhaupt abhängt, z. B., daß kein Betrug dabey vorgegangen sey, ferner daß der, welcher im Spiel verlohren, und bezahlt hat, über das Seinige zu disponiren fähig sey, u. s. w. Daß hingegen in Ansehung des Pflichttheils und der gerichtlichen Insinuation, wenn das im Spiel Verlohrne die Summe von 500 Ducaten übersteigt, eben das Statt habe, was von Schenkungen gilt, ist unerweißlich. Denn daß der Spielvertrag vielmehr ein oneroses Geschäft, als eine Schenkung sey, ist bereits oben bemerkt worden.

§. 760.

84) Wird freylich aus einem solchen Schuldschein executivisch geklagt, und die Einrede, daß die Schuld Spielgeld sey, kann nicht sofort bewiesen werden; so muß zwar der Aussteller vor der Hand bezahlen. Er kann aber nachher noch allemal im ordentlichen Prozeß die bezahlte Summe wieder zurückfordern, wenn er nur jetzt beweisen kann, daß es wirklich Spielgeld sey. Götz in den angef. Beyträgen 2. Bd. S. 194. Not.*. und *Christ. Gottl.* RICCIUS in Exercitat. iuris camb. V. Sect. V. de cambio super pecunia lusu deperdita dato. pag. 171.

85) Rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 151. und Band V. Bedenk. 9.

§. 760.

Grundsätze des römischen Rechts über die Wetten.

Mit den Glücksspielen haben zwar die Wetten viel Aehnlichkeit, doch sind sie in ihren rechtlichen Folgen von jenen ganz verschieden, und in dem römischen Rechte mehr, als diese, begünstiget [86]) Wette, *Sponsio*, ist ein Vertrag, wodurch zwey Personen, bey Gelegenheit einer unter ihnen streitigen Behauptung, mit einander einig werden, daß demjenigen ein gewisser Gewinn zu Theil werden solle, dessen Behauptung über die Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache sich bestätigen würde. Eine solche Wette kann entweder als ein bloßer Vertrag, oder als ein ungenannter Contract eingegangen werden. Ersteres geschieht, wenn einer dem andern verspricht, daß er ihm auf den Fall, da seine Behauptung in der Folge für falsch befunden werden würde, etwas bestimmtes leisten wolle. Letzteres hingegen ist der Fall, wenn ein Theil dem andern etwas Gewisses mit der Bedingung giebt, daß dieser es behalten solle, wenn er den Sieg über jenen davon tragen würde; in dem entgegengesetzten Falle aber das Empfangene

86) *Iac. Frid.* LUDOVICI Diss. de natura et interpretatione sponsionum. *Halae* 1704. *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. de sponsionibus. *Erfordiae* 1734. *Sam. Frid.* WILLENBERG D. de Sponsionibus, in Desselben Disceptat. iuris Nr. 42. *Io. Petr.* BUCHER Prolus. de sponsionibus. *Steinfurti* 1769. Hymmens Beiträge zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 2. Samml. S. 70. ff. und Lud. Fried. Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. Band. Tit. 24. S. 1067. ff. enthalten gründliche Erörterungen dieser Rechtslehre.

gene mit noch einmal soviel ersetzen solle. In dem letztern Falle steht dem Gewinner die *actio praescriptis verbis* [87]), in dem erstern aber die *actio ex stipulatu*, wenn der Vertrag durch eine Stipulation geschlossen worden, wie bey den Römern der gewöhnliche Fall war [88]), oder, ohne Stipulation, wie nach heutigen Rechten, die *condictio ex moribus* zu [89]). Eine Wette ist demnach ein gültiger und klagbarer Vertrag. Mehrere Rechtsgelehrten [90]) wollen zwar behaupten, daß die Wetten nach dem Römischen Rechte eben so, wie die Spiele zu beurtheilen, und daher nur in den Fällen für erlaubt zu halten wären, wo nach dem Römischen Recht die Spiele erlaubt sind. Allein die Unrichtigkeit dieser Behauptung ist schon längst von andern [91]) hin-

87) *L.* 17. §. *fin. D. de praescript. verbis.*

88) *L.* 108. *L.* 129. *D. de Verbor. obligat. L.* 37. *D. de reb. credit.* §. 6. *I. de verb. obligat.*

89) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. III. Th. 6. Not. 3. in fin. TITIUS iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 15. §. 15.

90) *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disputat. XXIII. §. 18. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 21. und *Ge. Guil. de* REIBNITZ Diss. de sponsionibus iure naturali et civili illicitis. *Vitemb.* 1717.

91) Man sehe LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXVII. medit. I. REINHARTH cit. Diss. §. 9. Gebrüder Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. Band Med. 71. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65. Not. 2. S. 233. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2073. sqq. u. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 917. Man vergleiche auch *Car. Otto* RECHENBERG Progr. de erroribus ICtorum in sponsionum doctrina. *Lipsiae* 1738.

hinlänglich dargethan worden. Die *L.* 3 *D. de aleator.* wo **Marcian** sagt:

In quibus rebus ex Lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsionem facere licet. Sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet;

redet offenbar nur von Wetten über Spiele, wie aus der vorhergehenden *L.* 2. *D. eodem* noch deutlicher zu ersehen ist, und beweißt nur soviel, daß, wenn man über Spiele wettet, das Spiel erlaubt seyn müsse, wenn die Wette gültig seyn soll. Daß außer diesem Fall, da über ein verbotenes Spiel gewettet wird, die Wette für erlaubt und gültig zu halten sey, mithin auch daraus geklagt werden könne, lehren nicht nur die oben bereits angeführten Gesetze des Römischen Rechts [92]) ganz deutlich, sondern es beweißt dieses auch der Gerichtsgebrauch [93]). Dies muß denn auch noch jetzt zur Norm dienen, soweit nicht durch besondere Gesetze ein anderes verordnet ist [94]).

§. 761.

Erfordernisse gültiger Wetten.

Sollen jedoch Wetten als verbindliche und klagbare Verträge gelten, so müssen sie

1) die

92) S. Not. 87. und 88.

93) S. *Io. a* SANDE Decision. Lib. III. Tit. 9. Def. 1. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 19. Def. 18. und Hymmen in den angef. Beyträgen 2. Band S. 70. ff.

94) Z. B. nach dem *Code Napoleon* Art. 1965. entsteht aus einer Wette kein Klagrecht. Das Preuß. Landrecht 1. Th. 11. Tit. §. 579. läßt hingegen wegen der Wetten eine gerichtliche Klage nur alsdann zu, wenn die Wette sogleich baar gesetzt, und entweder gerichtlich, oder in die Verwahrung eines Dritten niedergelegt worden.

1) die zu einem gültigen Vertrage an sich erforderlichen Eigenschaften haben. Sie müssen also von Personen, die sich verbindlich machen können, ohne Betrug eingegangen werden. Wetten, die durch Betrug veranlaßt wurden, sind so ungültig, wie andere Verträge. Dahin gehört, wenn der Eine von der Gewißheit des Gegenstandes der Wette unterrichtet war, und dieses dem Andern nicht angezeigt, sondern vielmehr durch arglistige Verstellung denselben veranlaßt hat, daß er mit ihm über diesen Umstand eine Wette eingieng. Eine solche betrügliche Wette ist ungültig, und kann keine Klage wirken. Es ist jedoch deswegen nicht schlechterdings nothwendig, daß der Gegenstand der Wette für beyde Theile immer gleich ungewiß seyn müsse [95]). Ich kann auch über einen Umstand, den ich apodictisch gewiß weiß, mit einem Andern eine Wette eingehen, der ihn mir bezweifeln will, und die Wette ist vollkommen gültig, nämlich, wenn sich der andere an meine Versicherung, daß ich von meiner Behaup-

 tung

95) Runde in den Grundsätzen des allgem. deutschen Privatrechts §. 211. und Danz im Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Band §. 211. S. 309. Nr. 2. behaupten zwar, bey Wetten komme es vorzüglich darauf an, ob der Gegenstand der Wette für beyde Theile gleich ungewiß oder gleich wahrscheinlich sey. Auch in Hofackers Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2074. heißt es: *Sponsio interponatur de eventu cuivis spondentium plane ignoto et incerto.* Allein daß dieses nicht schlechterdings erforderlich sey, haben Dabelow im Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1316. Griesinger im Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. Band §. 259. S. 1068. und Tittmann im Handbuche des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 3. Th. §. 564. Not. i. S. 555. richtiger bemerkt.

tung zuverlässige Gewißheit habe, nicht kehrte, sondern auf der Wette bestand. Denn unter diesen Umständen läßt sich wohl mit Grund nicht behaupten, daß ich den Andern betrüglicher Weise zur Wette verleitet habe. Mit Recht sagt daher **Berger** [96]): Quodsi tamen unus scientiam rei habeat, eamque professus sit, alter autem nihilo secius spondendo se obstrinxerit, sponsio valet. Hiermit stimmt auch **Titius** [97]) überein, wenn er sagt: Recte sponsio etiam initur de re, alteri certo cognita, modo dolus absit. Noch ausführlicher erklärt sich hierüber **Ludovici** [98]), dessen Worte hier einen vorzüglichen Platz verdienen. Dolus, sagt er, in sponsionibus tunc committitur, si unus certitudinem rei, de qua ipsi iam constabat, dissimulat eo animo, ut alterum nihilo secius ad spondendum et per consequens ad certum damnum adliciat. Natura enim sponsionis est, ut uterque sit dubius, et rem periculo exponat. Dico, si unus certitudinem *dissimulat*. Ergo, si profitetur, sibi de eventu rei iam constare, de qua rumor incertus circumfertur, alter vero nihilominus sponsionem offert, quod haud raro fieri solet ab iis, qui nihil credunt, sed de omnibus dubitant, tunc hic sibi imputare debet, quod volens sibi damnum accerserit, et quoniam volenti non fit iniuria, hinc sine dubio sponsio valida erit. Auch zweydeutige und verfängliche Wetten, wobey der eine Theil die Worte in einer uneigentlichen, vom gemeinen Sprachgebrauche abweichenden Bedeu-

96) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 6. Not. 3.

97) Iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 15. §. 14.

98) Diss. de natura et interpretat. sponsionum §. VII.

deutung genommen hat, sind den betrüglichen gleich zu achten, und bewirken keine Verbindlichkeit [99]).

2) Der Gegenstand der Wette muß nichts Unerlaubtes oder Schändliches enthalten [100]). Daher ist das sogenannte Pariren über den Ausgang eines Glückspiels [1]); das Wetten über das Uebertreffen im Saufen [2]), das Wetten über die Erhaltung eines öffentlichen Amtes [3]); u. d. nicht

Z 3

99) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 27. de Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 3. §. 6. Not. 3. Ludovici Diss. de natura et interpretat. sponsionum § 20. sqq. Anderer Meinung ist zwar Titius in Observation. in Compend. iuris Lauterbach. h. t. Obs. 295. welcher glaubt, die Wette sey gegen den zu erklären, welcher sich der zweydeutigen und verfänglichen Worte bedient hat, und also in der Bedeutung des gemeinen Sprachgebrauchs zu nehmen, und für gültig zu halten. Allein in den Gesetzen ist diese Meinung nicht gegründet. Sollte der Wettende auf eine solche Art für seinen Scherz büßen, so wäre dies eine Strafe, welche sich ohne ein Gesetz nicht annehmen läßt. S. Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. B. S. 1072.

100) *L.* 17. §. 5. *D. de praescript. verb.* Ludovici Diss. cit. §. 9. — §. 15.

1) *L.* 3. *D. de aleator.* Das Pariren ist als Theilnahme an dem verbotenen Spiele selbst zu betrachten, und artet daher in ein policeywidriges Vergehen aus. S. Tittmanns Handbuch des peinlichen Rechts 3. Th. §. 564. S. 555. Das Preuß. Gesetzbuch Th. 2. Tit. 20. §. 1308. verbietet auch die Wetten bey erlaubten Spielen.

2) S. Lauterbach c. l. Berger c. l. Auch wegen einer solchen Wette findet eine Policeystrafe Statt. S. Eisenharts Rechtshändel Th. 6. Nr. 14.

3) *Nov.* 8. S. Titius Iure priv. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 15. §. 15. Leyser Specim. CXXVII. Medit. 8. Cor. 1.

nicht nur unerlaubt und ungültig, sondern es kann auch in solchen Fällen sogar eine Strafe eintreten. Leyser [4]) giebt die Regel, daß man, um zu beurtheilen, ob eine Wette für eine sponsio honesta zu halten sey, oder nicht, darauf sehen müsse, ob die Bedingung derselben eine solche sey, welche Verträgen und letzten Willensverordnungen gültig beygefügt werden kann, oder nicht. Hieraus lasse sich auch die Frage entscheiden, ob die Wette, daß der eine von beyden Wettenden nicht heurathen werde, für gültig oder ungültig zu halten sey. Ist derjenige, welcher wettet, er werde nicht heurathen, noch nie verheurathet gewesen, so sey die Wette ungültig. Wettet hingegen eine verwittwete Person, sie werde sich nicht wieder verheurathen, so sey das Geschäft für gültig zu halten [5]).

3) Die Summe muß nicht unmäßig seyn. In dem römischen Rechte sind zwar die Wetten auf keine gewisse Summe eingeschränkt [6]). Der Richter hat sich daher nicht darum zu bekümmern, wenn auch die Wette den größten Theil des Vermögens, oder gar das ganze Vermögen des Wettenden betreffen sollte. Man kann auch dem Wettenden die Rechtswohlthat der Competenz, die sonst dem Schenker zusteht [7]), eigentlich nicht einräumen, da

4) Specim. CXXVII. medit. 3.

5) S. *Nov. XXII. cap.* 43. *et* 44. und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 2. B. §. 211. Nr. 2. S. 309.

6) *Thom.* HERBAIUS libr. sing. rerum quotidian. Cap. 2. *Io. a* SANDE Decision. aurear. Lib. III. Tit. 9. Definit. 1. und CARPZOV P. II. Constit. XIX. Def. 18. nr. 15. haben dies ausführlicher gezeigt.

7) *L.* 12. *D. de donat. L.* 19. §. 1. *D. de re iudicata.*

da bey einer Wette die Absicht, seinem Paciscenten ein Geschenk zu machen, nicht füglich angenommen werden kann, noch weniger aber hier eine solche Zuneigung der Paciscenten gegen einander, wie bey Schenkungen, Statt findet, indem vielmehr jeder die Wette in der Hoffnung eingeht, dieselbe zu gewinnen [8]). Weil indessen unmäßige Wetten eben so verderblich und nachtheilig sind, als die Glücksspiele, so nimmt die Praxis den Grundsatz an, daß der Richter die Summe zu moderiren befugt, ja verpflichtet sey, wenn sie für den verlierenden Theil zu groß und beträchtlich ist [9]). Soviel ist jedoch gewiß, daß keine Gleichheit der gegenseitigen Leistungen erfordert werde, sondern der eine Wettende ungleich mehr als der andere setzen könne [10]).

§. 762.

Lotterien, und die bey denselben vorkommenden verschiedenen Rechtsverhältnisse.

Bloße Glücksspiele sind ihrer Natur nach die Lotterien und Lottos. Nach gemeinen Rechten gehören sie

 daher

8) Man sehe Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. B. S. 1072. u. folg.

9) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXVII. medit. 7. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 3. Th. 6. Not. 3. nr. 3. FINKELTHAUS Observat. XXXIII. nr. 34. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 9. nr. 3. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 6. MEVIUS Comment. ad ius Lubec. Lib. III. Tit. 9. Art. 3. nr. 41. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 58. not. s. Orth Anmerkungen über die Frankfurter Reformat. 2. B. S. 603. u. 604. Tittmann Handbuch des gem. deutschen peinlichen Rechts 3. Th. §. 564. S. 555. THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 917. a. E.

10) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2074. lit. D.

daher unter die verbotenen Spiele, und können anders nicht, als mit ausdrücklicher Erlaubniß des Landesherrn, errichtet werden [11]. Solche privilegirte Lotterien sind dann als völlig erlaubte Hozardspiele zu betrachten, und das Geschäft, welches zwischen demjenigen, der in die Lotterie setzt, und der Lotteriedirection, oder dem Collecteur vorgeht, ist nichts anders als ein Hoffnungs- oder Glückskauf — *emtio spei simplicis*, und nach den Grundsätzen desselben im Allgemeinen zu beurtheilen [12]. Der bestätigte Lotterieplan enthält die Kaufbedingungen, und zugleich die legale Norm, nach welcher die Rechte und Pflichten der Direction sowohl, als andere Streitigkeiten über das Lotteriewesen, zwischen den Einsetzern, Gewinnern, den Directoren und Collecteurs, bey dem Mangel specieller Verabredungen, beurtheilt werden müssen [13]. Das Loos, oder Lotteriebillet vertritt zwischen der

Die

11) S. Moser von der Landeshoheit in Policeysachen. S. 485. und Günth. Heinr. von Berg Handbuch des teutschen Policeyrechts. 2. Th. S. 258. der zweiten Auflage.

12) *Christ.* WILDVOGEL Diss. de eo, quod iustum est circa Lottarias. *Ienae.* 1718. Th. 26. Strybens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 160. a. S. 409. Joh. Lud. Eckard Lottorecht. Coburg 1771. 8. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 2. B. §. 212. S. 313. *Io. Gotthelf* BESCHORNER Diss. Quaestiones nonnullas ad ius Lottariarum pertinentes sistens, praes. *Christ. Gottl.* HAUBOLDO. *Dresdae* 1806. 4. und besonders Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 5. Band. (Hannover 1809. 4.) Erört. 28. S. 129. ff.

13) S. das allgem. Landrecht für die Preuß. Staaten 1. Th. Tit. 11. §. 548. BESCHORNER Dissertat. cit. Cap. I. §. 2. und Hagemann a. a. O. §. 1. S. 130.

Direction und den Einsetzern die Stelle eines schriftlichen Vertrags [14]), woraus der Gewinner im Falle des ihm verweigerten Gewinstes auch executivisch klagen kann [15]). Das Recht zur Beziehung des Gewinns steht zwar Niemanden, als dem Eigenthümer des Looses zu [16]), jedoch begründet auch hier der Besitz die Vermuthung für den Inhaber, daß er zur Einziehung des Gewinns berechtiget sey; so lange kein Dritter denselben als einen unredlichen Besitzer darzustellen vermocht, oder ein besseres Recht erwiesen hat [17]). Ich halte es daher nicht für nöthig, daß der Vorzeiger des gewinnenden Looses den Titel und Grund seines Besitzes angebe, wie Wildvogel [18]) behaupten will [19]).

Um nun die Rechtsverhältnisse näher zu bestimmen, welche zwischen den Directoren der Lotterie und deren Collecteurs

14) Allgem. Preuß. Landrecht a. a. O. §. 554. u. Hagemann a. a. O. §. 2.

15) S. Joh. Ludw. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien 1. Band. Nr. 67. §. 3. BESCHORNER cit. Diss. Cap. V. §. 2. und Hagemann a. a. O. §. 2. Not. * S. 131.

16) BESCHORNER cit. Diss. Cap. III. §. 3.

17) BESCHORNER Diss. cit. Cap. III. §. 2. sq. Hagemann a. a. O. §. 2. S. 131.

18) Diss. cit. Th. 33. in fin. pag. 34.

19) Das allgemeine Preuß. Landrecht 1. Th. 11. Tit. 6. Abschn. §. 555. verordnet: „der bloße Besitz eines solchen Looses berechtiget den Inhaber zur Einziehung des darauf gefallenen Gewinns." Hiermit stimmen auch andere Lotteriegesetze, z. E. die Dresdner, Weimarschen, Gothaischen und Hannöverschen überein, welche BESCHORNER cit. Diss. Cap. III. §. 1. angeführt hat.

lecteurs Statt finden, ist folgender Unterschied zu machen. Sie haben ihre Beziehung entweder auf die Rechte und Verbindlichkeiten derselben unter einander, oder in Hinsicht auf die Einsetzer, Spieler und Gewinner. In Rücksicht jener ist darauf zu sehen, ob die Collecteurs blos zur Unterbringung der Loose, und zur Besorgung der übrigen zum Lotteriewesen gehörigen Geschäfte von der Lotteriedirection angestellt sind; und dann sind die Collecteurs als Bevollmächtigte oder Geschäftsträger der letztern anzusehen, aus deren Handlungen die Lotteriedirection erwirbt und verpflichtet wird. Hier gelten also unter ihnen die Grundsätze vom Mandatcontract [20]). Oder die Lotteriedirection hat den Collecteurs eine gewisse Anzahl Loose zum Verhandeln unter der Bedingung gegeben, deren Werth einzuliefern, oder die Loose selbst wieder zurückzugeben. In diesem Falle treten die Grundsätze vom Trödelcontract ein [21]). Der Unterschied zwischen beyden Fällen besteht darin, daß der Collecteur in dem letztern Falle die Gefahr trägt, wenn er entweder um die Ertheilung des Collecturgeschäfts baat, oder bestimmt versprochen hat, den Werth der Loose einzuliefern [22]). Hat der Collecteur eigenmächtig zur Debitirung

20) Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 38. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien 1. Th. Nr. 67. §. 1. Runde Grunds. des gemeinen teutschen Privatrechts §. 212. Danz Handbuch des teutschen Privatrechts. 2. B. S. 314.

21) Hagemann a. a. O. §. 3. BESCHORNER cit. Diss. Cap. II. §. 3.

22) Arg. L. 1. §. 1. *D. de aestimatoria.* L. 5. §. 3. *D. Commodati.* L. 17. §. 1. *D. de praescr. verbis.* S. THIBAUT Syst. des P. R. Th. 2. §. 896.

tirung der Loose einen Untercollecteur substituirt, so muß zwar erster die Handlungen des letztern sowohl bey der Direction, als bey den Einsetzern vertreten [23]); die Direction aber haftet für die Handlungen solcher Untercollecteurs anders nicht, als insofern dieselbe durch die Annahme des von ihnen gesammelten Einsatzes, oder sonst die Handlungen derselben genehmiget hat [24]). Soviel hingegen die rechtlichen Verhältnisse anbetrifft, worin die Einsetzer gegen den Collecteur und die Direction, und umgekehrt stehen, so kommt es darauf an, ob die Bedingungen, unter welchen der Collecteur von dem Unternehmer der Lotterie als Geschäftsträger angestellt ist, in dem Plane, oder durch andere Avertissements öffentlich bekannt gemacht worden sind, oder nicht. Im ersten Falle sind diese Vorschriften, als Conventionalgesetze, zu befolgen, und die Direction wird nur insofern durch die Handlungen des von ihr angestellten Collecteurs verpflichtet, als er die Gränzen der ihm ertheilten Vollmacht nicht überschritten hat [25]). Die Unwissenheit kann hier Niemandem zur Entschuldigung gereichen, der mit dem Collecteur nicht vorschriftmäßig contrahirt hat [26]). In dem letztern Falle hingegen, da die Vollmacht nicht öffentlich bekannt gemacht wor-

23) Hagemann a. a. O. §. 3. S. 132.

24) Allgem. Preuß. Landrecht. 1. Th. Tit. 11. §. 563. und §. 564. Daß ausserdem kein Grund der Verbindlichkeit von Seiten der Direction vorhanden sey, für einen solchen Untercollecteur zu haften, erhellet schon daraus, weil zwischen ihm und der Lotteriedirection gar kein Contractsverhältniß existirt.

25) *L. 11. §. 5. D. de institor. act.* Allgem. Preuß. Landrecht a. a. O. §. 559. und 560. Hagemann a. a. O. §. 4.

26) *L. 11. §. 3. D. eodem.*

worden ist, wird die Lotteriedirection durch den von ihr angestellten Collecteur unbedingt verpflichtet [27]). Auf jeden Fall haftet sie jedoch für die unerlaubten Handlungen, welche der Collecteur bey Ausübung des ihm aufgetragenen Geschäfts begieng; sie bleibt daher auch dann den Einsetzern vollkommen verpflichtet, wenn ihr Geschäftsträger die empfangenen Einsätze, oder die gehobenen Gewinne verschleudert, und nicht abgeliefert, mithin unredlich und treulos wider die Einsetzer gehandelt haben sollte [28]). Die Direction kann aus solchen dolosen oder culposen Handlungen ihres Mandatars unmittelbar belangt werden, und sie hat sodann ihren Regreß gegen den treulos handelnden Geschäftsträger mit der actio mandati contraria zu nehmen [29]). An diesen hält sich auch die Direction, wenn er den Spielern die Loose auf Credit hat verabfolgen lassen [30]). Jedoch ist auch gegen die Empfänger selbst auf die Bezahlung der Einsätze, sowohl die Direction, als der Collecteur zu klagen befugt, weil die Einsammlung der Einsätze gewöhnlich den Collecteurs mit übertragen wird [31]). Auf kei-

27) Preuß. Landrecht a. a. O. §. 561. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 877. Hagemann a. a. O. S. 133.

28) *L.* 11. §. 4. *D. de inst. act.* Strubens rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 160. S. 409. und 5. Th. Bed. 38. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 421. nr. 4. pag. 562.

29) S. Schmidts Abhandl. versch. pract. Rechtsmaterien 1. Bd. Nr. 67. §. 6.

30) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 421. nr. 5. in fin.

31) Es treten hier die Grundsätze von den Rechten des Bevollmächtigers und Bevollmächtigten in Ansehung des Dritten ein. S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 932.

keinen Fall kann jedoch derjenige Gewinn, den die Collecteurs bey Gelegenheit ihres Geschäfts zufälligerweise machen, von der Direction in Anspruch genommen werden [32]. Daher gehören z. B. die sogenannten Douceurgelder, d. h. diejenigen Geschenke, welche die Gewinner den Collecteurs, wenn der Gewinn beträchtlich ist, gewöhnlich machen, nicht der Direction, sondern den Collecteurs, die solche empfangen [33].

Zwischen den Directoren, oder deren Geschäftsträgern und den Theilnehmern an der Lotteele kommen die Grundsätze vom Kaufcontracte zur Anwendung. Denn jene sind die Verkäufer, diese die Käufer, und die Loose, welche ein für allemal, ohne weitere Verabredung, ihren bestimmten Preis haben, enthalten die Urkunde, wodurch der Spieler die Hoffnung erkauft, zu der Glückswaare zu gelangen, welche sich in den Händen der Lotteriedirection und Casse befindet. Ein solcher Kauf wird auch stillschweigend bey demjenigen angenommen, welcher Lotterieloose annimmt, und bey sich behält, die ihm, wenn gleich ohne sein Verlangen, von einem Collecteur zugesendet worden sind.

§. 932. Nach dem Preuß. Landrecht 1. Th. Tit. 11. §. 558. findet jedoch keine Klage, sondern nur eine Compensation auf den gefallenen Gewinn Statt, wenn die Einsatzgelder creditirt sind.

32) S. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 2. Bd. §. 212. S. 314.

33) Strubens rechtl. Bedenken. 4. Band. Bed. 173. und Hagemanns pract. Erörterungen 5. B. Nr. 28. §. 4. S. 133. f.

sind [34]). Zwar ist der Lotteriecontract ein freywilliger Contract, und Niemand, er sey ein Fremder, oder auch ein Unterthan desjenigen Landesherrn, welcher die Lotterie verwilliget hat, kann zur Einlage gezwungen werden [35]). Allein da nach allen Lotterie=Planen die nicht verkauften, oder nicht renovirten Loose vor der Ziehung jeder Classe von den Collecteurs an die Direction zurückgesendet werden müssen, wenn sie nicht dafür verantwortlich seyn sollen, so war der Empfänger der Loose allerdings verbunden, sich entweder ausdrücklich, oder auch nur durch die bloße Zurücksendung derselben darüber zu erklären, daß er nicht Willens sey, das ihm angetragene Geschäft einzugehen. Unterläßt er dieses, so ist sein Stillschweigen hier, wo er sich zu erklären verbunden war, und noch vielmehr die positive Handlung der Zurückbehaltung der Billets für eine Einwilligung in den ihm von dem Collecteur angetragenen Kaufcontract anzusehen [36]). Der Empfänger des Looses tritt also durch die Zurückbehaltung desselben in alle Rechte und

34) S. von Bülow's und Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Bd. Erört. 46.

35) Aus diesem Grunde, und weil überdem in solchen Fällen, wo es auf Verpflichtung eines Andern ankommt, das bloße Stillschweigen für eine Einwilligung nicht ausgelegt werden kann, hat die Erfurtische Juristen-Facultät in Schorchs neuer Sammlung auserlesener Gutachten und Urtheilssprüche. Erfurt 1798. 4. Nr. XXI. Qu. 4. nr. 27. ff. den Empfänger von der Verbindlichkeit den Preis des Einsatzes für die nicht zurückgesendeten Billets zu bezahlen, freygesprochen.

36) Daß auch ein Kaufcontract mit stillschweigender Einwilligung geschlossen werden kann, hat keinen Zweifel. S. *de* BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. Th. 1. Not. 3.

und Verbindlichkeiten eines Käufers, und muß folglich auch den Einsatz, als den ein für allemal bestimmten Kaufpreis, bezahlen.

Jeder Spieler kauft indessen nur das Loos, oder vielmehr die Nummer, welche er in jeder Classe bezahlt, oder wofür er die Einlage gemacht hat. Zur Renovation desselben kann er nicht gezwungen werden, und es steht ihm völlig frey, nicht mehr mitzuspielen, wenn er keine Lust hat, sein Glück weiter zu versuchen [37]). Alsdann macht sich aber auch der Spieler seines fernern Antheils an der Lotterie verlustig, weil nur durch den Kauf der Nummer in jeder Classe eine Verbindlichkeit für die Lotterie erwächst, den darauf gefallenen Gewinn zu zahlen. Bey jeder einzelnen Classe der Lotterie ist daher ein besonderer Kaufcontract erforderlich, der geschlossene endiget sich mit der Ziehung einer jeden Classe, und wenn er für die folgende verbindlich fortdauern soll, so muß dafür eine neue Einlage gemacht, oder das Loos zur planmäßig bestimmten Zeit renovirt werden [38]). Es ergiebt sich hieraus, daß jeder Spieler sich zur Renovation selbst erbieten müsse, und von dem Collecteur keinesweges verlangen könne, daß er ihm die Loose zu jeder neuen Classe zusende [39]). Dies ist auch der Natur des Kaufcontracts, der beym Lotteriegeschäft zum Grunde liegt, vollkommen gemäß, weil jeder Käufer sich zu der Waare selbst melden muß, und es lediglich

37) S. Schorchs neue Sammlung auserlesener Gutachten und Urthelssprüche der Erfurtischen Juristen-Facultät. Nr. XXI. Qu. 1. nr. 6. ff. S. 133. ff.

38) Hagemann a. a. O. §. 6. S. 135.

39) Hagemann a. a. O. §. 8.

lich in dem Belieben des Verkäufers steht, ob er seine Waare anbieten will, oder nicht.

Nach den Grundsätzen des Kaufcontracts wird ferner der Spieler nicht eher Eigenthümer des gekauften Looses, als bis er den Einsatz dafür baar erlegt, oder von der Direction, oder dem Collecteur deshalb Credit erhalten hat, wenn ihm gleich das Loos schon übergeben ist [40]. Letzteres wird jedoch im Zweifel nicht vermuthet [41], es ist daher im vorkommenden Falle der Spieler verpflichtet, den factischen Umstand zu erweisen, daß ihm entweder ausdrücklich, durch Vertrag und Verabredung, oder stillschweigend, durch concludente Handlungen, Credit gegeben worden sey [42].

An wen sich der Gewinner seiner Bezahlung wegen zunächst zu halten habe, bestimmt gewöhnlich das Lotteriegesetz. Giebt dies keine Entscheidungsnorm an die Hand, so lehrt es schon die Natur der Sache, daß dem Gewinner die Wahl freystehe, und derselbe, auch mit Uebergehung des Collecteurs, sogleich die Direction selbst zu belangen be-

40) §. 41. *I. de rerum divis.*

41) S. WALCHII Introduct. in controv. iuris civ. pag. 599. §. 10.

42) Dahin würde z. B. zu rechnen seyn, wenn der Directeur oder Collecteur dem Spieler die Einsätze der frühern Classen ausdrücklich creditirt, und die Loose der folgenden Classen, ohne den Einsatz zu fordern, fernerhin zugestellt; oder wenn er dem Spieler die Loose der ersten Classen, ohne Zahlung des Einsatzes, zugeschickt, oder zugestellt, und sich nachher, wegen des in denselben gefallnen Gewinns, mit ihm berechnet, und dann Loose zu den folgenden Classen, ohne baare Zahlung des Einsatzes, überlassen hat. S. Hagemann a. a. O. §. 7. S. 136.

fugt sey [43]). Denn man muß hier von dem Grundsatz ausgehen, daß der Käufer des Looses eigentlich nicht mit dem Collecteur, der nur als Mandatar zu betrachten ist, sondern mit dem Unternehmer oder dem Directeur der Lotterie den Kaufcontract geschlossen hat [44]). Es ist dies um so mehr Rechtens, weil, wenn die Lotterie ihren Credit nicht verlieren soll, schlechterdings nöthig ist, daß eine promte Zahlung erfolgen, und der Interessent sicher gestellt seyn muß, daß ihm der Gewinn ohnfehlbar zu Theil werde. Die Klage gegen die Lotteriedirection ist die *actio quasi institoria*, wenn der Kläger das Loos von dem Collecteur erhielt, sonst aber die *actio emti*, wenn er mit der Direction unmittelbar contrahirte [45]).

Endlich ist noch einer sehr gewöhnlichen Art des Spiels zu gedenken, welches man das Ausspielen [46]) nennt. Man versteht darunter das Spielen mehrerer um eine und dieselbe individuelle Sache, woran jeder Spieler Anspruch hat, und jeder seinen Rechten zum Vortheil der übrigen entsagen zu wollen verspricht, sobald die Bedingung des Spiels gegen ihn verneinend ausfallen würde, ohne daß eine ähnliche Sache oder Quantität dagegen

43) Beschorner Diss. cit. de iure lottariar. Cap. IV. §. 2.

44) Strubens rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 160. a. S. 409. und Danz Handbuch des deutschen Privatrechts 2. Bd. §. 212. S. 314.

45) Wildvogel Diss. cit. Th. 37. nennt sie unrichtig *condictio ex moribus s. consuetudine.*

46) Eine vortrefliche Abhandlung über diesen Gegenstand ist Karl Grolman's Versuch einer Entwickelung der rechtlichen Natur des Ausspiel-Geschäftes. Giessen 1797. 8.

gegen versprochen wird. Man kann sich ein solches Geschäft nicht füglich gedenken, ohne zugleich damit den Gedanken an eine Uebereinkunft der Geschäftsmitglieder, an einen Spielvertrag, zu verbinden, und dieser Vertrag muß zwey Dinge bestimmen;

1) die Bedingung, auf welcher der Sieg beruhen soll. Was für eine Art von Spiel hierzu gewählt wird, ist gleichgültig. Es können Würfel oder Karten entscheiden. Es kann aber auch ein Kunstspiel z. E. Kegelspiel, Billardspiel, oder das Schießen nach der Scheibe gewählt werden. Zuweilen kann auch derselbe Augenblick das Schicksal aller Mitspieler entscheiden, und dasselbe Ereigniß, welches einen zum Sieger über einen macht, kann denselben auch zum Sieger über alle machen. Es ist z. B. zur Bedingung gemacht worden, daß der die Sache bekommen soll, dessen Nummer auf den ersten Auszug der Lotterie herauskommen würde.

2) Die Sache, deren Erwerbung für den Sieger von dem Ablauf der bestimmten Bedingung abhängig gemacht wird. Diese ist bey dem Ausspielen eine und dieselbe individuelle Sache. Auf diese beziehen sich also sowohl die bedingt gegebenen Rechte aller Spieler, als die bedingt übernommenen Verbindlichkeiten derselben. Jeder muß also dieselbe Sache, wenn die Bedingung günstig für ihn ausfällt, gewinnen, jeder muß aber auch dieselbe Sache, wenn die Bedingung gegen ihn abläuft, verlieren können. Es folgt hieraus, daß der Gegenstand, um welchen gespielt wird, eine Sache seyn müsse, woran zwar jeder der Interessenten Rechte, aber doch keiner ein ausschließendes Recht hat. Betrach-

tet

tet man diesen Gegenstand genauer, so lassen sich besonders zwey Verhältnisse desselben zu den Spielern gedenken, nämlich es besaßen entweder

I. alle dieselbe Sache **gemeinschaftlich**, und wollen, um diese Gemeinschaft aufzuheben, und die Sache an einen ausschließend zu übertragen, um diese Sache spielen. Hier ist es klar, daß nichts, als dem wirklichen Spielen vorhergehend gedacht werden kann, wie der Vertrag zum Spielen. Dieser Vertrag besteht darin, daß jeder einzelne Theilhaber auf den Fall, daß er besiegt werden würde, seine an die Sache habende Rechte abzutreten verspricht. An wen aber, wenn der Spieler mehr, als zwey sind? Hier ist wohl, wofern nicht die Entscheidung für alle in ein Moment fällt, diejenige Vorstellung die natürlichste, wenn man sagt: Jeder einzelne verspricht, daß, sobald die Bedingung gegen ihn verneinend ausfallen würde, er von der Gesellschaft abtreten, seinen, als Theilhaber, an die gemeinschaftliche Sache habenden Rechten entsagen, und diese den übrigen, gegen welche die bestimmte Bedingung noch nicht absprechend entschieden hat, also der übrigen noch bestehenden Gesellschaft, überlassen wolle [47]). Hier tritt also der Besiegte nur ab, und ihm, der keine Rechte mehr hat, muß es ganz gleichgültig seyn, was die übrigen, unter denen die Gemeinschaft fortdauernd bleibt, mit der Sache machen wollen. Er kann weder verlangen, daß sie das Spiel fortsetzen, noch es hindern, wenn sie in der Gemeinschaft bleiben, oder die Sache theilen wollen. Von diesen übrigen Gesellschaftsgliedern hat

47) Grolman hat dies in der angeführten Schrift S. 26. ff. ganz einleuchtend dargethan.

keiner größere und mehrere Rechte, als der andere. Sie behalten also auch, wenn sie die Gemeinschaft fortsetzen, gleiche, und bekommen gleiche Antheile, wenn sie die Theilung belieben. Selbst ein Zufall, welcher nach dem Abtritt des Besiegten die Fortsetzung des Spiels hindern könnte, würde seine Rechte nicht wieder aufleben machen, ihn nicht wieder in die Gesellschaft zurückführen [48]).

II. Die auszuspielende Sache gehörte vorher noch nicht der spielenden Gesellschaft gemeinschaftlich zu. Es lassen sich hier wieder zwey mögliche Fälle gedenken.

a) Die Sache war bisher in dem alleinigen Eigenthum eines Dritten, d. h. eines solchen, der keinen Antheil am Spiele nimmt Hier treten zwey ganz verschiedene Geschäfte ein, die sorgfältig von einander abgesondert werden müssen.

1) Ein vorbereitendes, wodurch die Sache erst an die Spielenden kommt, und in ein solches Verhältniß gegen sie gebracht wird, daß sie darum spielen können. Es hat also zur Absicht, der zum Ausspielen vereinigten Gesellschaft die Sache entweder wirklich zu erwerben, oder doch ihr einen Rechtstitel zur Erwerbung zu verschaffen. Wie könnten sie sich sonst wechselseitig den Gewinn und Verlust garantiren? Was dieses vorbereitende Geschäft für ein Vertrag sey, hängt von den Umständen ab. Es kann eine Schenkung, oder ein benannter oder unbenannter Contract seyn. Gewöhnlich ist es ein Kaufcontract, d. i. man giebt Einsatz [49]). Der Einsatz aller Spieler ist hier der

48) Grolman a. a. O. S. 23. ff.

49) Weil die ausgespielte Sache, den Einsatz aller zusammen gerechnet, gewöhnlich weit über ihren Werth von den Interessen

der Kaufschilling, denn alle Einsetzenden sind nur für einen Käufer anzusehen. Es ist also nur ein Kauf mit allen Einsetzenden geschlossen, und dies ist ein unbedingter Kauf, mithin kein bloßer Hoffnungskauf. Denn die Hoffnung, die jeder der Einsetzenden hat, die Sache zu gewinnen, betrifft hier nicht, wie bey der emtio spei der Fall ist [50]), das künftige Daseyn der Sache, oder ihre künftige Unterordnung unter das Veräußerungsvermögen des Versprechenden, sondern einen außer der Sache liegenden Umstand. Bedingt kann der Kauf auch schon darum nicht seyn, weil es sich nicht denken läßt, daß der Verkäufer seine Verbindlichkeit von einer Bedingung abhängig machen wolle, wobey er doch selbst nicht im geringsten interessirt seyn kann. Ganz davon unabhängig ist

2) das eigentliche Spielgeschäft, welches sich auf einen blos unter den Spielern eingegangenen Vertrag gründet, wodurch die Erwerbung der durch jenes präparatorische Geschäft erst von der Gesellschaft erworbenen Sache für den Sieger vom Spiel abhängig gemacht wird.

senten bezahlt wird, so verbieten verschiedene Provinzialgesetze das Ausspielen. S. von Berg Handbuch des deutschen Policeyrechts Th. 2. S. 258. und Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 3. Th. §. 563. Allein wo das Ausspielen nicht durch Landesgesetze verboten ist, kann es an sich keinesweges für ein verbotenes Geschäft gehalten werden, sofern es sich nicht durch die Art, wie es unternommen wird, zu einem verbotenen Glücksspiele qualificirt.

50) *L. 8. §. 1. D. de contrah. emt.*

Es ist von practischer Wichtigkeit, diese beyden Geschäfte von einander abzusondern, und noch wichtiger ist es, das erstere von beyden für unbedingt, nicht für abhängig vom Ausgange des zweyten anzusehen [51]). Folgende Resultate werden uns davon lebhaft überzeugen.

α) Wäre das präparatorische Geschäft bedingt, so wären, wenn die Sache vor geendigtem Spiel zu Grunde geht, alle diejenigen, gegen welche die Bedingung noch nicht entschieden hat, vom Einsatz frey. Allein so ist es nicht. Sobald die Theilnehmer sich mit dem, welcher die Sache will ausspielen lassen, über den Einsatz vereiniget haben, ist der Contract vollkommen. Von diesem Augenblicke an geht auch die Gefahr der Sache auf die Käufer über, und sie sind, wenn gleich die Sache noch vor dem Ausspielen durch Zufall zu Grunde geht, dennoch den Einsatz zu entrichten verpflichtet. Von diesem Augenblicke an muß aber auch der Verkäufer für culpa levis haften, wenn die Sache durch seine Unthätigkeit deteriorirt wird, ja er muß für custodia plena stehen, d. h. er ist für das geringste Versehen verantwortlich, wenn vor der Uebergabe die Sache verlohren, oder zu Grunde geht [52]).

β) Der Ausspielende ist verbunden, die Sache der Gesellschaft, nach Erlegung des Einsatzes und völliger Befriedigung desselben in Rücksicht des bestimmten Preises, sogleich zu übergeben; statt daß derselbe, wenn der

Kauf

51) S. Grolman in der angef. Schrift S. 45. ff.

52) *L. 5. §. 2. D. Commod. L. 13. §. 22. D. de act. emti vend. L. 1. §. 1. D. 2. §. 1. L. 3. D. de peric. et commodo rei vendit.*

Kauf bedingt wäre, erst die Entscheidung abwarten dürfte, und nur dem die Sache zu übergeben verbunden wäre, welchen das Spiel und die festgesetzte Bedingung begünstiget hat. Endlich

γ) wäre der mit dem Ausspieler geschlossene Vertrag bedingt, so müßte der Verkäufer die Kosten, die er vor dem Eintritt der Bedingung auf die Sache verwendet hat, allein tragen, weil er in der That sein eigenes Geschäft führt. Statt dessen aber liegt es nach der richtigern Ansicht gleich nach geschlossenem erstern Geschäft den Käufern ob, die Kosten selbst zu bestreiten, und diese dem Verkäufer, wenn er sie vorgeschossen hat, zu ersetzen. Noch ist ein anderer Fall denkbar, nämlich

b) der, wenn derjenige, welcher die Sache ausspielen läßt, selbst Antheil am Spiel nimmt. Man würde sich sehr irren, wenn man hier annehmen wollte, daß das Ausspielgeschäft blos in einem Vertrage zwischen dem, welcher die Sache ausspielen läßt, und jedem einzelnen Theilnehmer bestehe, nämlich gegen Erlegung des bestimmten Einsatzes, mit ihm zu spielen, und ihm, im Falle des Sieges, die Sache zu überlassen. Denn der Umstand, daß der Ausspieler zugleich an dem Spiele selbst Theil nimmt, kann in der Hauptsache nichts ändern. Das Ausspielgeschäft besteht also hier gerade, wie in dem vorigen Falle,

1) in einem präparatorischen, wodurch die Sache der Gesellschaft erworben wird, und dieses ist, wenn gegen Einsatz gespielt wird, ebenfalls ein reiner Kauf.

2) Aus dem eigentlichen Spielgeschäft.

Die Folgen sind auch hier eben so, wie in dem vorigen Falle; nur daß hier der Ausspielende sich auch darum zu bekümmern hat, was die Spieler mit der Sache vornehmen, weil er hier auch bey dem Spiel selbst interessirt ist, mithin auch als Spieler und Gesellschaftsmitglied Rechte hat, welche dem Ausspielenden in dem vorigen Falle nicht zugeschrieben werden konnten [53]).

53) S. Grolman a. a. O. S. 55. ff.

Lib. XI. Tit. VI.

Si mensor falsum modum dixerit.

§. 763.

Wer heißt hier *mensor*? Rechtliches Verhältniß, wenn er unrichtig vermessen hat.

Mensor wird hier derjenige genennt, welcher die Größe einer Sache nach den Regeln der Geometrie zu bestimmen hat [54]. Diese Mensoren waren bey den Römern Gelehrte, welche die Geometrie lehrten, und als eine ars liberalis ausübten [55]. Daher werden sie Magistri geometriae [56], und Geometrae [57] in den Gesetzen genennt, und Kr. Valentinian [58] nennt ihre Beschäftigung eine *erudita ars*. Sie standen in großer Achtung [59], und werden spectabiles auch clarissimi [60] genennt. Man bediente sich

54) S. Exercitat. iurid. antiquar. de agrimensoribus Romanorum. *Bremae* 1771. 8.

55) *L. ult. Cod. de excusat, artific.*

56) Man sehe die Verordnung der Kr. Theodos u. Valentinian bey GOESIUS in scriptor. rei agrariae pag. 343.

57) *L. 2. C. de excusat. artif. L. 22. D. de excusat.*

58) *L. 5. C. Th. finium regundor.*

59) CASSIODORUS *Variar. Epistolar.* Lib. III. Epist. 53. S. GROTII Florum sparsio ad ius Iustinian. pag. 149.

60) S. die Verordnung der Kr. Theodos u. Valentinian bey GOESIUS in scriptor. rei agrar. pag. 343.

sich nun dieser Mensoren sowohl bey Gränzstreitigkeiten, wie schon an einem andern Orte [61]) vorgekommen ist, als auch insonderheit bey Kaufshandlungen, wenn es entweder dem Käufer oder dem Verkäufer daran lag, den Flächeninhalt eines Ackerstücks genau zu wissen [62]). Hatte nun ein solcher Mensor ein falsches Maas angegeben, so existirte nach dem römischen Civilrecht keine Klage, wodurch der dadurch entstandene Schaden hätte verfolgt werden können. Denn zwischen dem agrimensor, und demjenigen, dessen Grundstück er maas, bestand nach der Ansicht der Römer kein gültiges Geschäft, sondern es war nur eine Gefälligkeit, welche jener diesem erzeigte, wenn er eine solche Messung übernahm. Wurde er auch für seine Mühe belohnt [63]), so war dies doch kein Lohn, so wie man ihn

61) S. des 10. Theils 2. Abth. §. 717. Not. 32. S. 436.

62) *L. 1. pr. D. h. t.* Adversus mensorem agrorum Praetor in factum actionem proposuit, a quo falli nos non oportet. Nam interest nostra, ne fallamur in modi renunciatione: si forte vel de finibus contentio sit, vel emtor scire velit, vel venditor, cuiusmodi ager veniat.

63) In gewissen Fällen war die Belohnung der agrimensorum sogar gesetzlich bestimmt. Merkwürdig ist die Verordnung des Krs. Theodosius *ad Numum Magistrum officiorum*, welche *Wilh.* GOESIUS inter Leges de controversiis agrorum pag. 343. anführt: *Praecipimus itaque Agrimensoribus, ut pro laborum vicissitudine Geometricae artis, fundo cui finem restituens in trifinii rationem steterit, et convenientiam trium centuriarum ibidem esse signaverit, tres aureos accipiat, absque sua pulveratica. Quodsi limitem direxerit, volumus, ut per singulas possessionis unicas singulos aureos accipiat.* Was hier PULVERATICA, oder, wie es *L. 16. Cod. Theodos. de Tironibus* genannt wird, PULVERATICUM sey, ist ungewiß. *Iac.* CUJACIUS Obser-

ihn dem Handwerksmanne accordirt; denn mit einem Gelehrten schließt man keinen Miethcontract, wenn er uns Dienste zu leisten verspricht; sondern es ist ein Honorar, was man ihm blos zur Bezeigung seiner Erkenntlichkeit, aber nicht als ein Aequivalent giebt [64]). Um den aus diesem

servat. Lib. IV. cap. 18. und *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 16. Cod. Theod. de Tironib. Tom. II. Lib. VII. Tit. 13. pag. 390. der Ritterschen Ausgabe verstehen darunter *honorarium, quod quasi pro labore et pulvere Agrimensoribus dabatur.* Allein diese Meinung widerlegt sich schon aus der angeführten Constitution von selbst, in welcher das pulveraticum von dem Honorar ganz deutlich unterschieden wird. *Wilh.* GOESIUS in Notis ad Scriptor. rei agrariae pag. 194. erklärt das *Pulveraticum* auf eine andere Art: Erit potius illud, sagt er, *quod militi, aliive cuiquam datur, antequam ad pulverem et laborem castrorum alteriusve cuiusdam exercitii accedat.* Ihm stimmt auch der Verfasser der oben angeführten Abhandlung de Agrimensoribus Romanor. §. 20. Not. ** pag. 60. bey, und vergleicht es mit der jetzt üblichen *arrha.* Die richtigste Erklärung scheint mir jedoch die zu seyn, welche *Io. Dan.* RITTER ad L. 16. Cod. Theod. de Tironib. not. c. Tom. II. pag. 390. giebt, wenn er sagt: PULVERATICA *agrimensoribus data non est aliud, quam pecunia in singulos dies victus causa attribuenda, quam hodie solemus erogare in illos, quibus negotia nostra peregre agenda dedimus.* Also was man heut zu Tage Diäten zu nennen pflegt.

64) Wenn gleichwohl Paulus L. 4. § 1. *D. finium regundorum* sagt: Sed etsi mensor ab altero solo *conductus* sit, condemnatio erit facienda eius, qui non *conduxit,* in partem *mercedis;* so geschieht dies im uneigentlichen Sinn; wie auch *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. bemerkt hat. In diesem uneigentlichen Sinn wird auch *L.* 1. §. 1. D. *h. t.* das Wort *merces* für honorarium

sem Grunde leicht möglichen Betrügereyen vorzubeugen, wurde daher durch das prätorische Recht eine *actio in factum* für den Fall eingeführt, wenn der mensor durch dolus oder culpa lata dem einen oder andern Theile Schaden gethan hätte. Ulpian sagt *L.* 1. *D. h. t.* Ideo autem hanc actionem proposuit Praetor, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam *beneficii loco* praeberi: et id, quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde *honorarium* appellari. Si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem [65]). Haec actio *dolum malum* duntaxat exigit: visum est enim, satis abundeque coërceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, *qui civiliter obligatus non est;* proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit: sed et si negligenter, aeque mensor securus erit. Lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare, propter verba Edicti: utique enim scit Praetor, et mercede eos intervenire.

§. 764.

Eigenschaft der actio in factum gegen den mensor. Ausdehnung dieser Klage auf mehrere Fälle.

Die actio in factum wider den agrimensor setzt also voraus,

1) das

norarium genommen. Denn unmittelbar vorher wird ausdrücklich gesagt, zwischen dem agrimensor, und demjenigen, welcher sich desselben bedient, bestehe keine locatio conductio.

65) In den *Basilic.* Tom. VII. Lib. LX. Tit. 9. pag. 236. heißt es: *καὶ ἀχρήςως τις κινεῖ τὴν περὶ μισθώσεως ἀγωγήν.* i. e. *et in eum locati conducti inutiliter agitur.*

1) daß das Maas oder die Größe eines Grundstücks von dem mensor zu Jemandes Schaden falsch angegeben worden sey, (falsum modum renunciatum esse). Hat der mensor blos die Ausmessung verzögert, und dadurch den Verkäufer in Schaden gesetzt, weil dieser dem Käufer versprochen hatte, daß das Grundstück binnen einer gewissen Zeit ausgemessen werden solle; so hat nicht diese Klage, sondern die *actio doli* Statt [66]).

2) Dem

66) *L.* 5. *pr. D. h. t.* Si mensor non falsum modum renunciaverit, sed traxerit renunciationem, et ob hoc evenerit, ut venditor *liberetur*, qui adsignaturum se modum intra certum diem promisit: haec actio locum non habet. Sed nec dari utilem debere, *Pomponius* ait. Erit ergo ad *actionem de dolo* decurrendum. Statt *liberetur*, wie die Florentine lieset, wollen CUJACIUS Observation. Lib. VII. cap. 35. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 261. *Io.* VOET Com. ad Pandect. h. t. §. 3. in fin. und POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. II. not. b. pag. 336. lieber *laederetur* lesen. Diese Emendation macht auch der Sinn des Gesetzes nothwendig, und wird durch die Basiliken unterstützt. Diese haben Tom. VII. pag. 237. Ἐὰν μὴ ὁ μετρητὴς ἐκφωνήσῃ, ἀλλ' ὑπερθέμενος βλάψῃ τὸν πράτην etc. i. e. *Si mensor non renunciaverit falsum modum, sed dilata renunciatione laeserit venditorem.* *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. III. cap. 15. pag. 188. sucht zwar die florentinische Leseart zu vertheidigen, und gründet sich auf *L.* 40. *pr. D. de contrah. emt. vendit.* Allein seine Erklärung ist erzwungen, und den Worten des Gesetzes zuwider. Es lesen auch mehrere Cod. mmscr. LAEDERETUR. Brenkmann führt in der Gebauerschen Ausgabe sechs an, die er selbst verglichen hat. Auch Charondas bezeugt dieses. In den Scholien der Basiliken Tom. VII. pag 241. not. x. wird nach *promisit* noch zur Erläuterung hinzugefügt: καὶ πρόςιμον προσέθετο, εἰ μὴ ἐμπροθέσμως παραδῷ. i. e. *et poenam adjecit, nisi ad diem adsignaret.*

2) Dem agrimensor muß ein dolus oder eine culpa lata zur Last fallen. Mehr kann man von einem mensor nicht fordern, als daß er dafür hafte [67]). Es ist auch kein Unterschied, ob er eine Belohnung erhalten, oder die Messung umsonst übernahm [68]). Es kommt auch darauf nicht an, ob ihm die Messung vom Richter, oder von den Partheyen aufgetragen worden [69]), desgleichen, ob die Messung von ihm selbst geschehen ist, oder von ihm einem Andern überlassen worden. Denn auch für dessen dolus oder grobe Unachtsamkeit ist er verantwortlich [70]).

3) Der verletzte Theil muß durch kein anderes Rechtsmittel seine Entschädigung erhalten können. Denn die actio in factum ist nur subsidiarisch, und findet daher nicht Statt, wenn der in Schaden gesetzte Theil schon durch die actio venditi, oder emti, oder condictio indebiti hinlänglich gedeckt ist [71]).

L. 3. §. 2. *D. h. t.* Pomponius tamen scribit, si emtor plus dederit venditori propter renunciationem, quia *condicere* potest, quod plus dedit, agi cum mensore non posse: nihil enim emtoris interesse, cum possit *condicere;* nisi solvendo venditor non fuit, tunc enim mensor tenebitur.

L. 3. §. 3. *D. eodem.* Sed si venditor maiorem modum tradiderit, fraudatus a mensore, consequenter dicit

67) S. Egid von Löhr Theorie der Culpa. S. 194. u. Ebenderselbe in den Beyträgen zur Theorie der Culpa S. 78.

68) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

69) *L.* 3. §. 4. *D. eod.*

70) *L.* 1. §. 2. *L.* 2. §. 1. *D. h. t.*

71) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

dicit POMPONIUS, non esse actionem adversus mensorem: quia est *ex vendito actio* adversus emtorem; nisi et hic emtor solvendo non sit.

L. 5. §. 1. *D. eod.* Si, cum falsus modus renunciatus esset, emtor cum venditore *ex emto* egisset: agere poterit etiam cum mensore [72]). Sed, si nihil eius interest, condemnari mensorem non oportet. Quodsi non de toto modo, qui deerat, cum venditore egerit, sed de minore: consequenter scribit POMPONIUS, de residuo cum mensore agi posse.

4) Uebrigens steht die Klage jedem zu Gebote, dem durch die Angabe des falschen Maaßes geschadet, und welcher dadurch veranlaßt worden ist, das Grundstück entweder zu theuer zu kaufen, oder zu wohlfeil zu verkaufen. Also der Käufer oder Verkäufer, oder wer sonst dabey interessirt ist, kann sie anstellen [73]). Sie kommt daher auch dem Erben zu statten, oder wer sonst, dem Erben gleich, in des Verletzten Rechte eintritt [74]). Hingegen

5) wider die Erben des agrimensoris findet die Klage nach dem Römischen Recht nicht Statt, weil sie ein factum illicitum zum Grunde hat [75]). Eben deswegen haften auch mehrere wegen der Entschädigung in solidum, jedoch befreyet die von dem einem geleistete Entschädigung die

72) Wenn nämlich der Käufer seine Entschädigung von dem Verkäufer nicht erhalten hat. S. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. IV. not. e.

73) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

74) *L.* 3. §. 5. *D. h. t.*

die übrigen [75]). Die Klage ist daher, wie Noodt [76]) ganz richtig bemerkt, in Ansehung des Klägers eine actio rei persecutoria; hingegen von Seiten des Beklagten eine Pönalklage. Nach dem kanonischen Recht wird jedoch die Klage auch gegen die Erben gestattet, soweit die Erbmasse zureicht [77]).

6) Die Klage geht auf den Ersatz des durch Angabe des falschen Maaßes verursachten Schadens. Z. B. was der Käufer wegen der falschen Angabe mehr für die Sache gegeben, oder der Verkäufer weniger für dieselbe erhalten hat. Die Basiliken [78]) sprechen zwar immer von einer poena dupli, welche den mensor treffe. Allein in den Gesetzen dieses Titels ist diese Strafe nicht gegründet. Diese reden blos von Leistung des Interesse [79]). Hat der Kläger schon zum Theil seine Entschädigung von dem erhalten, mit welchem er das Geschäft über das Grundstück geschlos-

75) *L.* 3. *pr. D. h. t.* S. KLEINSCHROD Doctrina de reparatione damni delicto dati Specim. I. §. 10.

76) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 261.

77) *Cap.* 5. X. *de raptor.* S. KLEINSCHROD Doctrina cit. Specim. I. §. 14. besonders in Rücksicht der gegenwärtigen Klage STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 21. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 867.

78) Tom. VII. pag. 235. Ο *μετρητὴς ψουσάμενος περὶ τὸ μέτρον τȣ̃ Φιλονεικουμένου ἢ πιπρασκομένου ἀγροῦ, ὑπόκειται τῇ τȣ̃ διπλοῦ ἀπαιτήσει.* i. e. *Mensor, qui falsum modum dicit agri litigiosi, aut venditi, in duplum tenetur.*

79) *L.* 1. *pr. L.* 3. §. 1. 2. *et* 3. *D. h. t.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 7. et 8.

ſchloſſen hat; ſo findet die Klage nur noch wegen des Ueberreſts Statt [80]).

7) Die Klage iſt eine actio perpetua, welche erſt durch eine Verjährung von dreyßig Jahren erliſcht. Paulus führt den Grund an *L.* 4. *D. h. t.* Haec actio perpetua eſt, quia initium rei non a circumſcriptione, ſed a ſuscepto negotio originem accepit. Noodt [81]) Anton Faber [82]) und Böckelmann [83]) finden dieſen Grund bündig und paſſend. Prius enim eſt, ſagt Faber, ut menſor ſuſceperit munus, et officium metiendi et renunciandi, quam ut dolo malo verſatus ſit in falſo modo renunciando. Böckelmann fügt noch hinzu: In hac autem ſuſceptione hoc actum videtur, ut bona fide fieret menſio, quodſi contra iſtam ſuſceptionis legem fecerit menſor, videtur potius ex conventione violata quam delicto conveniri: quia conventio praeceſſit delictum, et cum dubitatur de natura actionis, ſemper initium negotii ſpectandum eſſe, ULPIANUS quoque poſt LABEONEM confirmat [84]). Allein Jacob Voorda [85]) glaubt hier ein Beyſpiel zu finden, wodurch die Bemerkung beſtärkt wird, die ſchon längſt Cujaz [86]), Janus

80) *L.* 5. §. 1. *D. h. t.*

81) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 261. in fin.

82) Rational. in Pandect. ad h. L. 4. h. t.

83) Commentar. in Dig. h. t. §. 6.

84) *L.* 8. *pr. D. Mandati.*

85) Interpretat. ad Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 10.

86) Obſervation. Lib. XVII. cap. 15.

Janus a Costa [87]), und Gilbert Regius [88]) gemacht haben, nämlich, daß die Römischen Rechtsgelehrten nicht immer die richtigen Gründe von ihren Entscheidungen und behaupteten Rechtssätzen angegeben haben. Es ist wohl ganz einleuchtend, daß der Anfang des übernommenen Geschäfts keinen Einfluß haben kann auf die Dauer der Klage, und daher die Klage nicht ex suscepto negotio, sondern vielmehr ex circumscriptione entspringt. Denn Ulpian [89]) sagt ja ausdrücklich: Haec actio *dolum malum* duntaxat exigit. Der wahre Grund, warum die Klage perpetuirlich ist, scheint vielmehr der zu seyn, welchen Paulus angiebt *L. 35. D. de obligat. et action.* quia honorariae actiones, *quae rei persecutionem habent, nec contra ius civile dantur*, etiam post annum dantur.

8) Direct hat die actio in factum nur gegen einen agrimensor bey Feldgütern Statt. Der Prätor hat aber die Klage nachher auf die Vermessung aller andern, sowohl unbeweglichen als beweglichen Sachen, ausgedehnt, so daß daher diese Klage utiliter auch bey Gebäuden, Wein, Getraide, u. dergl. gebraucht werden kann [90]). Sie findet ferner Statt, wenn über die Breite eines Weges gestritten wird, und es auf eine Vermessung ankommt [91]). Der Kaiser Severus gestattete sie auch durch ein Decret gegen einen Baumeister [92]), und Ulpian dehnt sie sogar auf

87) Commentar. ad Decretal. Lib. I. Tit. 29. pag. 144.

88) Ευαντιοφαν. Lib. II. cap. 14.

89) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

90) *L. 5. §. 2. D. h. t.*

91) *L. 6. L. 7. pr. et §. 1. D. eodem.*

92) *L. 7. §. 3. D. h. t.*

auf einen Rechnungsführer aus, wenn er arglistig oder aus grober Nachlässigkeit einen Rechnungsfehler übersehen hat [93]).

§. 765.

Heutige Anwendbarkeit.

Daß auch noch heut zu Tage die actio in factum contra mensorem Statt finde, wenn das Ausmessen eines Grundstücks von einem Gelehrten nach den Regeln seiner Kunst geschehen ist, leidet keinen Zweifel [94]). Oft geschieht aber auch heutiges Tages die Ausmessung von solchen Personen, die sich dazu für einen Lohn dingen lassen, und sich von diesem Metier nähren. Das Geschäft, welches mit solchen Leuten geschlossen wird, ist denn freylich nur eine locatio conductio operarum, und die Verbindlichkeit derselben nach den Grundsätzen dieses Contracts zu beurtheilen. Sie haften daher mit der actione conducti für culpa levis, wenn sie ein falsches Maas angegeben haben [95]).

93) *L.* 7. §. 4. *D. h. t.* Ego etiam, sagt Ulpian, adversus *tabularium* puto actiones dandas, qui *in computatione* fefellit. Bey den Römern gab es zweyerley Arten der *Tabulariorum*. Einige waren in Diensten der Städte, und hatten das Steuer- und Rechnungswesen unter sich; andere wurden in gerichtlichen Geschäften gebraucht. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theodosian. Tom. II. pag. 488. Hier ist unstreitig von den erstern die Rede. Sie werden daher auch *L.* 1. §. 6. *D. de extraord. cognit.* ausdrücklich *calculatores* genennt, und zur Classe der Gelehrten gezählt. Man sehe auch BRISSONIUS de Verb. Signific. v. *Tabularius*.

93) S. HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. §. 1. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

94) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXI. §. 24. *Mich. God.* WERNHER Lectissimae Commentat. in Pand. h. t. §. 3. et 4.

 L. XI.

Lib. XI. Tit. VII.

De religiosis et sumtibus funerum et ut funus ducere liceat.

§. 766.

Recht der Begräbnisse nach dem Römischen Rechte.

Bey den Römern [96]) gab es ehemals keine zur Beerdigung menschlicher Leichname bestimmte öffentliche Plätze, sondern jeder begrub seine Todten auf seinem Eigenthume, oder an öffentlichen Wegen [97]). Varro [98]) sagt, man habe dabey die Absicht gehabt, die Vorübergehenden an die Sterblichkeit zu erinnern. *Sepulchra ideo secun-*

96) *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium. *Paris* 1615. rec. *Lipsiae* 1671. 8. *Flor.* DULPHUS de sepulturis, epitaphiis de defunctorum monumentis. *Bononiae* 1641. 4. MEURSIUS de funere Romanorum. *Hagae* 1604. 4. *Io.* KIRCHMANN de funeribus Romanorum. *Francofurti* 1672. 8. und *Christ. Gottl.* HÜBNER Historiae Legum Romanarum ad sepulturas pertinentium, adjuncta earum comparatione cum patriis institutis, Specimen I. *Lipsiae* 1794. 4.

97) KIRCHMANN cit. libr. Lib. II. cap. 22. *Io. van* NISPEN Disput. de sepulcro violato. *Lugd. Batav.* 1723. Cap. 18. et 19. in *Ge.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. III. pag. 67.

98) *de Lingua lat.* pag. 64. edit. *Bipont.*

secundum viam sunt, quo praetereuntes admoneant, et se fuisse, et illos esse mortales. Daher auch die Anrede an den Wanderer auf den Grabschriften der Römer: *Siste, aspice viator..* Einige öffentliche Wege, namentlich die *Appia, Aurelia, Flaminia, Latina, Laurentina, Ostiensis, Praenestina* und *Tiburtina*, waren wegen der daselbst befindlichen Grabmäler besonders berühmt [99]). In der Stadt selbst durfte hingegen kein Todter begraben werden. Schon in den Gesetzen der zwölf Tafeln war verodnet: *Hominem in urbe ne sepelito, neve urito.* Cicero [100]), der dieses Gesetz anführt, setzt den Grund in Verhütung der Feuersgefahr, welche aus dem Verbrennen des Körpers zu besorgen war. Allein da nicht blos das Verbrennen, sondern auch das Begraben in der Stadt verboten war, so scheint auch ein Hauptgrund gewesen zu seyn, welchen Isidor [1]) anführt: ne foetore suo corpora *viventium contacta inficerentur.* Julius Paulus [2]) fügt noch einen religiösen Grund hinzu: Corpus in civitatem inferri non licet, *ne funestentur sacra civitatis.* Die Ausnahmen, welche man

99) MEURSIUS de funere cap. 42. QUENSTEDT de sepulturis pag. 184. sqq.

100) *de Legib.* Lib. II. Cap. 23.

1) *Lib. XIV. Origin.* cap. 21. Man sehe *Io. Lud. Guil.* BECK Observationes de Romanor. disciplina publica medica ad illustranda Veterum Scriptorum et iuris civilis loca. *Lipsiae* 1809. Cap. I. §. 3.

2) *Receptar. Sententiar. Lib. I. Tit.* 21. §. 2. in SCHULTING Jurisprud. Antejustin. pag. 261.

bey viris claris [3]) und den Vestalinnen [4]) machte, verursachten jedoch, daß das Gesetz nach und nach in Vergessenheit gerieth. Es wurde daher unter dem Consulat des Duillius im Jahr der Erb. Roms 494. durch ein Senatusconsultum erneuert [5]). Weil es jedoch eigentlich nur auf Rom allein sich beschränkte, so dehnte es Kr. Hadrian durch ein Rescript auf alle Städte aus, und setzte auf desselben Uebertretung eine Strafe von 40 aureis [6]); welches nachher Kr. Antoninus Pius, weil Zweifel über die Allgemeinheit seiner Verbindungskraft entstand, nochmals besonders in Beziehung auf die Municipalstädte bestätigte [7]). Neue Kunstgriffe das Gesetz zu eludiren, welche

3) Beyspiele führt Cicero a. a. O. an.

4) SERVIUS ad *Aeneid.* Lib. XI. v. 206. sagt: *Imperatores et virgines Vestales, quia legibus non tenentur, in civitate habent sepulcra.* S. *van* NISPEN Dissert. cit. Cap. 20.

5) SERVIUS *ad Aeneid. Lib. XI. v.* 205. DUILLIO Consule Senatus prohibuit, et lege cavit, *ne quis in urbe sepeliretur.*

6) *L.* 3. §. 5. *D. de sepulcro violato.* D. HADRIANUS rescripto *poenam* statuit *quadraginta aureorum* in eos, *qui in civitate sepeliunt;* quam fisco inferri iussit, et in Magistratus, eadem qui passi sunt, et locum publicari iussit, et corpus transferri. Quid tamen si *lex municipalis* permittat in civitate sepeliri? post rescripta principalia an ab hoc discessum sit, videbimus: quia generalia sunt Rescripta, et oportet imperialia statuta suam vim obtinere, et in omni loco valere.

7) *Iulius* CAPITOLINUS in vita Antonini Pii Cap. 12. Multa de iure sanxit, ususque est iuris peritis, — *intra urbes sepeliri mortuos vetuit.* Viele wollen zwar die Verordnung, welche Ulpian dem Hadrian und Capitolinus dem Kr. Antonin zuschreibt, für ein und eben dieselbe halten, weil bekannt ist, daß Kr. ANTONINUS PIUS den Namen Hadrians, sei-

che der Aberglaube erfand, veranlaßten zuletzt noch die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** dasselbe aufs neue mit allem Nachdruck einzuschärfen [8]). Durch Nachsicht

seines Adoptivvaters, angenommen habe. CUJACIUS Lib. II. Observation. cap. 3. *Petr.* BURGIUS Elector. Libro cap. 4. (in *Ev.* OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. I. pag. 316.) und *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. III. cap. 10. eignen daher diese Constitution dem Kr. Antonin zu. Dieser Meinung stimmt auch *van* NISPEN cit. Diss. Cap. XVIII. §. 2. bey. Allein wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß beyde Namen zuweilen mit einander verwechselt werden, so läßt sich doch nicht wohl behaupten, daß es hier geschehen sey. Mit Recht halten daher CASAUBONUS ad Capitolin. de c. 12. GUTHERIUS de iure manium Lib. II. c. 33. MARCILIUS Interpretam. Leg. XII. Tab. cap. 90. und *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L. 6. Cod. Theodos. de sepulcris violatis. (Tom. III. pag. 61. der Ritterschen Ausgabe.) die Verordnung des Kaisers Antonin für eine von jener des Hadrians ganz verschiedene Constitution. Es scheint nämlich daß sich die Municipalstädte, welche, wie GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. XVI. cap. 13. bemerkt, sich ihrer eigenen Gesetze und Rechte bedienten, an jenes Verbot des Kaisers Hadrian nicht gekehrt, sondern sich auf ihre *Lex municipalis* berufen haben. *Municipes* enim, sagt Gellius, *neque ulla Populi Romani lege adstricti, nisi in quam populus eorum fundus factus esset.* Man sieht dies auch aus der Frage, welche Ulpian *L.* 3. §. 5. *D. de sepulcr. viol.* aufwirft: Quid tamen, si *Lex Municipalis* permittat in civitate sepeliri? Dies mag den Kr. Antoninus Pius veranlaßt haben, die Verordnung des Krs. Hadrian nochmals, besonders in Beziehung auf die Municipien, zu bestätigen, wie *Herm.* NOORDKERK Observation. Decad. (*Amstelodami* 1731. 8.) Cap. 5. und HÜBNER in histor. LL. Rom. ad sepulturas pertinent. Specim. I. pag. 13. sq. mit vieler Wahrscheinlichkeit gezeigt haben.

8) L. 12. *Cod. de Religiosis.*

der christlichen Kaiser geschahe es jedoch in der Folge, daß man die Beysetzung der Todten sogar in den Kirchen erlaubte [9]). Diesen üblen Gebrauch, der seit Constantins Zeiten aufkam, verbot zwar nachher Kaiser Theodos der Große, und bedrohete die Uebertreter seines Gesetzes mit dem Verlust des dritten Theils ihres Vermögens [10]). Ein glei-

9) *Chr. Gott. de* WINCKLER Diss. de iure sepulturae in templis *Lipsiae* 1784. und GUNDLING Observat. select. litter. de origine sepulturae in templis.

10) *L. 6. Cod. Theod. de sepulcr. violat.* (Lib. IX. Tit. 17.) Quae supra terram urnis clausa vel sarcophagis corpora detinentur, extra urbem delata ponantur, ut et humanitatis instar exhibeant, et relinquant incolarum domicilio sanctitatem. Quisquis autem huius praecepti negligens fuerit, atque aliquid tale ab huius interminationis praeceptis ausus fuerit moliri tertia in futurum patrimonii parte multetur. etc. Die Gründe, welche hier der Gesetzgeber anführt, werden verschiedentlich erklärt. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad h. L. 6. Tom. III. pag. 161. erklärt den ersten Grund so, es sollten die Grabmäler außer der Stadt an den öffentlichen Wegen die Vorübergehenden an die menschliche Hinfälligkeit erinnern. Allein richtiger scheint Hübners Erklärung zu seyn, wenn er in Historia Legg. cit. pag. 19. sagt: Cadavera *Theodosio* tunc humanitatis instar seu exemplum exhibere videntur, quando ad humum, unde venerunt, redire, et cum illa misceri possunt. Den andern Grund hält Godefroi mit dem oben vom Paulus angeführten für einerley: *ne funestentur sacra civitatis.* Allein Hübner erklärt ihn so: ne templa Dei unius cultui destinata impura redderentur, et labis aliquid ex illo cadaverum foetore contraherent. MURATORIUS in Disquisit. de veterum Christianorum sepulcris glaubt, das Gesetz sey blos auf Constantinopel gegangen. Allein die Allgemeinheit dieser Verordnung hat Godefroi aus bündigen Gründen erwiesen. S. auch Hübner Diss. cit. pag. 20. sqq.

gleiches that Kr. Justinian [11]). Allein Kaiser Leo [12]) setzte sich über alle diese Verordnungen seiner Vorfahren hinaus, und ließ jedem seine Freyheit, ob er sich in der Stadt oder außer derselben wolle begraben lassen.

Hatte Jemand kein Eigenthum, worauf er sich eine Grabstätte errichten konnte, so konnte er sich einen Platz dazu auf einem fremden Grundstück kaufen. Daher führt Ulpian [13]) das pretium loci, in quo defunctus humatus est, ausdrücklich mit unter den Begräbnißkosten auf. Es wurde sogar auf der Grabschrift bemerkt, von wem man die Grabstätte gekauft habe [14]). Zuweilen vermachte man Jemandem einen Platz zum Begräbniß auch in seinem Testament [15]). Hatte Jemand an einem fremden Orte einen Toden ohne Einwilligung des Eigenthümers begraben, so gab der Prätor [16]) eine Klage, welche dahin gieng, entweder das Cadaver wieder wegzuschaffen, oder den Werth des Platzes zu bezahlen. Die Klage wird *actio in factum* genennt, und geht auch auf die Erben über [17]). Hat ein Mit-

11) *L. 2. Cod. de sacrosanct. eccles.*

12) *Nov. LIII.*

13) *L. 37. pr. D. h. t. L. 14. §. 3. D. eodem.*

14) Kirchmann de funerib. Romanor. Lib. II. cap. 23. hat deswegen mehrere Inscriptionen zum Beweis angeführt.

15) *L. 14. Cod. de legat.* S. kirchmann c. l. pag. 184.

16) *L. 2. §. 1. D. h. t.* Qui mortuum in locum alienum intulit, vel inferre curavit, tenebitur *in factum actione*.

17) *L. 7. pr. D. h. t.* Is, qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id, quod intulit, aut loci pretium praestare cogitur per *in factum actionem*, quae tam heredi, quam in heredem competit, et perpetua est.

Miteigenthümer einen Todten auf dem gemeinschaftlichen Grundstück ohne des andern Miteigenthümers Einwilligung begaben, so kann zwar die actio in factum praetoria ohne Zweifel angestellt werden [18]: doch kann sich der socius auch der actio familiae erciscundae oder communi dividundo bedienen [19]. Es kann auch actione pro socio geklagt werden [20]. Noch ist zu bemerken, daß die actio in factum nicht nur dem Eigenthümer, sondern auch dem Usufructuar, oder wer sonst eine Servitut auf dem Grundstück hat, zu deren Nachtheil das Begräbniß gereicht, zustehe [21].

Daß übrigens die Römer den Gräbern eine gewisse Heiligkeit beygelegt haben, und der Ort, so weit ihn der Leichnam einnahm, pro loco religioso gehalten worden [22], ist

18) *L. 6. §. 6. D. Communi divid.*

19) *L. 2. §. 1. D. h. t.* Eben so vereinigen die *L. 2.* mit der *L. 6.* *cit. Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 264. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 3. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pandect. Lib. XI. Tit. 8. und POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. VIII. Not. c. Mehrere wollen indessen die *L. 2.* so verstehen, als ob Ulpian läugne, daß die actio in factum in dem Falle Statt habe, da ein socius ohne Wissen des Andern auf dem gemeinschaftlichen fundus einen Todten begraben habe. S. *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 13. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opusc. postum. ad Edict perpetuum p. 551. not. e. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

20) *L. 39. D. pro socio.*

21) *L. 8. §. 4. D. h. t.*

22) *L. 2. §. 5. D. eodem.* S. *van* WISSEN Diss. cit. de sepulcro violato Cap. 12.

ist schon an einem andern Orte [23]) vorgekommen. **Heineccius** [24]) irrt, wenn er diese Heiligkeit einer Consecration zuschreibt. Ihm widerspricht das Zeugniß eines **Marcians** [25]), welcher ausdrücklich sagt: Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, *dum mortuum infert in locum suum.* Die Worte der Grabschrift: Diis manibus sacrum bezogen sich blos auf den Glauben der Alten, daß die Seelen und Schatten der Abgeschiedenen sich an dem Orte aufhielten, wo der Körper beygesetzt worden ist [26]).

§. 767.

Heutige Anstalt der Gottesäcker, deren Ursprung, und Recht vorzüglich in Hinsicht ihrer Errichtung.

Jetzt ist es nicht mehr eines jeden Willkühr überlassen, wo er sich eine Grabstätte errichten will, sondern es sind gewisse Plätze ausschließlich zur Beerdigung der Todten unter öffentlicher Auctorität bestimmt, welche man, sofern sie sich bey Kirchen befinden, Kirchhöfe, und insofern sie davon abgesondert sind, Gottesäcker zu nennen pflegt. Beyde sind unter dem Ausdruck Coemeteria begriffen, welcher von dem griechischen Wort Κοιμάο, dormio, herkommt, weil man den Tod mit dem Schlaf verglich. Es schreibt sich diese Anstalt wahrscheinlich aus dem neunten Jahr-

23) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 165. S. 470. ff.

24) Antiquitat. Roman. iurisprud. illustrant. Syntagm. Lib. II. Tit. 1. §. 5.

25) *L. 6. §. 4. D. de rer. divis.*

26) S. HÜBNER in Histor. LL. Romanar. ad sepulturas pertinent. Specim. I. pag. 6. sq.

Jahrhundert her, seitdem Kaiser **Leo** der Philosoph die städtischen Begräbnisse wieder erlaubt hatte [27]). Jeder Christ wünschte nun nach seinem Tode nahe bey der Kirche ruhen zu dürfen, welche über dem Grabe eines Apostels oder Märtyrers erbaut war; und allmählig schlich sich die religiöse Idee ein, daß die Gemeine der heiligen Gottes, welche im Leben versammelt gewesen, auch im Tode beysammen bleiben müsse, um an dem Tage der allgemeinen Auferstehung von den Todten sich sogleich wieder zu finden [28]). Wenn es in dem Concilium zu **Nantes**, welches nach **Harduin** [29]) ums Jahr 895. ist gehalten worden, can. 6. heißt: *Prohibendum etiam secundum maiorum instituta, ut in ecclesia nullatenus sepeliantur, sed in atrio, aut in porticu, aut extra ecclesiam. Infra ecclesiam vero, aut prope altare, ubi corpus domini et sanguis conficitur, nullatenus habeat licentiam sepeliendi* [30]), so ergiebt sich dar-

27) Man sehe hier vorzüglich *van* ESPEN Ius ecclesiast. univers. Part. II. Sect. IV. Tit. 7. Cap. 2. §. 11. sqq. *Iust. Henn.* BOEHMERI ius eccles. Protestant. Tom. II. Lib. III. Tit. 28. §. 9. und *Paul Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 436.

28) S. Wiese Handbuch des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts 2. Th. §. 310. S. 753.

29) Concil. Tom. VI. P. I. §. 458.

30) Gratian schreibt diesen Canon *can.* 15. *Caus. XIII.* Quaest. 2. unrichtig einem gewissen *Concilio Varensi* zu, wie auch schon die Correctores Romani bemerkt haben. Daß man dafür vielmehr *Concilium Nannetense* lesen müsse, erhellet aus REGINO Lib. I. *de disciplin. eccles.* cap. 125. und BURCHARDUS Lib. III. *Decretor.* cap. 159. Man sehe auch *van* ESPEN loc.

daraus, daß schon damals die Begräbnisse bey den Kirchen ganz gewöhnlich gewesen seyn müssen [31]). Anfangs wurden jedoch den Christen immer auch noch ganz von den Kirchen abgesonderte Begräbnisse auf ihrem Eigenthume gestattet. **Böhmer** [32]) erklärt selbst die Worte: *extra ecclesiam*, in dem angeführten Canon, von einer in fundis propriis, in quibus exstructi erunt maiorum tumuli, permissa sepultura. Noch weniger aber läßt uns hieran eine Verordnung des Pabstes **Leo** III. vom Jahr 810. [33]) zwei-

loc. cit. §. 27. besonders aber *Car. Sebast.* BERARDI Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. P. I. Cap. 20. pag. 221. (edit. *Venet.* 1777.)

31) S. *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de iure erigendi coemeterium. (*Halae* 1716. Cap. I. §. 25. Es ist nämlich hier zu bemerken, daß unter *Atrium*, dessen in dem *Concilio Nannetensi* Erwähnung geschieht, nach der Erklärung des angeführten BERARDI in Gratiani canon. P. I. cap. 20. pag. 222. spatium illud vacuum verstanden wird, quod remansit ex area, sive solo, in quo fuerat aedificata Ecclesia, quodque in hac significatione Ecclesiam totam circumambit. Also die Umgebung der Kirche, oder was wir den Kirchhof nennen. *Porticus* hingegen nennt Berard locum deambulationi aptum, veluti claustrum Ecclesiae, seu Monasterii, quae claustra hodie aliquibus in locis sita sunt, ad latus Ecclesiarum, olim vero media constituebantur inter Ecclesiam et vestibulum, vel etiam ad utrumque latus templi. EUSEBIUS *Lib. X. Histor. Eccles.* cap. 4. BEDA *Histor. Anglor.* Lib. II. c. 3. *Porticus* ist also das, was man jetzt den Creuzgang oder die Halle zu nennen pflegt.

32) Ad cap. 1. X. de sepultur. not. 63. seiner Ausgabe des Corp. iuris canon. Tom. II. pag. 510.

33) *Cap.* 1. *X. de Sepulturis.* Einen grundgelehrten Commentar über diesen Text giebt GONZALEZ TELLEZ in Commentar. in Decretales Gregorii IX. Tom. III. pag. 534. seqq.

zweifeln, in welcher es ausdrücklich heißt: Nos instituta maiorum patrum considerantes, statuimus, unumquemque in maiorum suorum sepulcris iacere, ut patriarcharum exitus docet. *Nulli tamen negamus, propriam eligere sepulturam, et etiam alienam.* — Sed quia dignus est operarius mercede sua, tertiam partem sui iudicii illi ecclesiae dari censemus, in qua caelesti pabulo refici consuevit, ut iuxta Apostolum sint consolationum socii, ut fuerunt passionum; et sic demum, *ubicunque libitum fuerit*, eligat sepulturam. Allein schon im zwölften Jahrhundert war es allgemein verboten, sich an einem ungeweihten Orte eine Grabstätte zu errichten, und die Beerdigung der Todten auf den dazu bestimmten Kirchhöfen war nun zur rechtlichen Nothwendigkeit geworden [34]). Man sieht dies ganz deutlich aus folgender Verordnung [35]) des Pabstes Innocenz II. an den Erzbischoff von Genua: Fraternitatem tuam non credimus ignorare, mortuorum sepulcra et coemeteria apud illas ecclesias et monasteria ex antiquo esse disposita, in quibus religiosorum fratrum conventus sunt constituti, et orationes atque missarum solemnia, tam pro vivis, quam pro defunctis, frequentius celebrantur. Unde ipsorum devotioni et extremae voluntati, qui apud huiusmodi ecclesias sepeliri desiderant, minime contradicendum est.

34) S. BOEHMER ad cap. 3. X. de Sepult. not. 81. Tom. II. Corpor. iuris canon. pag. 511.

35) *Cap. 3. X. de Sepultur.* In der Inscription desselben wird zwar Pabst Innocenz III. genennt. Allein daß es nicht diesem, sondern dem P. Innocenz II. zuzueignen sey, hat GONZALEZ TELLEZ in Commentar. ad h. cap. Tom. III. pag. 541. außer allem Zweifel gesetzt.

est. *Qui vero, relictis antiquis ecclesiis, et patrum, aliorumque parentum suorum sepulcris,* contra consuetudinem patrum veteris testamenti, qui cum patribus suis sepulti esse leguntur, *ad nova et minus religiosa loca se transferunt, irrationabiliter et contra antiquam institutionem facere videntur.* Darin weicht nun aber vorzüglich das canonische Recht von dem römischen ab, daß die bloße Beysetzung der Todten nicht mehr für hinreichend gehalten wird, eine Religiosität des Orts zu bewirken [36]). Diese Eigenschaft giebt ihm erst die bischöfliche Benediction [37]). Schon **Gregorius Turonensis** [38]) gedenkt der sacerdotalis benedictio ausdrücklich als eines nothwendigen Erfordernisses christlicher Beerdigungsplätze; und dieser Gebrauch findet noch heutzutage bey den Katholiken Statt. *Hodie,* sagt **van Espen** [39]), *apud Catholicos locus non efficitur religiosus per ipsam corporis humani inhumationem, sed preces et benedictiones sacerdotales prius religiosus redditur, et benedicitur, ut in illum corpora Catholicorum inferantur. Unde ut coemeterium corporibus Christianorum humandis deserviat, prius in locum religiosum per Episcopum solemni ritu erigendum et consecrandum est.* Daher ist zu erklären, warum die Coemeteria nach dem canonischen Rechte zu den geistlichen Sachen gezählt werden, welche unter der geistlichen Ge-

36) *van* ESPEN in iure eccles. univ. a. a. O. §. 17. u. 18. hat diesen Unterschied gleichfalls bemerkt.

37) *Cap.* 4 *X. de relig. domib. Cap.* 7. *X. de consecrat. eccles.*

38) De gloria Confessorum cap. 106.

39) Cit. loc. P. II. Sect. IV. Tit. 7. Cap. 2. §. 18. et 19. und *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 437.

Gerichtsbarkeit des Bischoffs stehen, und ohne bischöffliche Auctorität nicht errichtet werden können [40]. Bey den Protestanten findet zwar jene Ceremonie der Benediction nicht Statt, daher können die Gottesäcker eigentlich nicht mehr als res religiosae angesehen werden, sondern sie sind an sich res universitatis, an welchen alle Mitglieder der Gemeinde, für welche der Gottesacker bestimmt ist, ein gleiches Recht haben. Es sollten also auch die Grundsätze des canonischen Rechts bey uns wegfallen, sofern nicht etwa die Kirchhöfe als accessoria templi zu betrachten sind. Dies behaupten auch Stryk [41], Böhmer [42], und Hellfeld. Allein die gemeine Praxis lehrt, daß die Grundsätze des Canonischen Rechts in Rücksicht der Begräbnißplätze bey den Protestanten in der Regel noch zur Anwendung gebracht werden [43]. Wenn daher ein neuer Todenacker angelegt werden soll, so sind drey Puncte zu unterscheiden. 1) Die Erlaubniß, denselben anzulegen. Diese muß der Landesherr ertheilen. Denn die Anlegung so wie die Verlegung der Gottesäcker gehört zur Landespolicey [44]. 2) Die Fundation. Diese muß auf Kosten der Gemeinheit geschehen, und 3) die Einrichtung und Bestimmung des Platzes zu einem Gottesacker. Diese

40) *Cap.* 13. *X. de sepultur. Cap.* 2. *de immunitate eccles. in* 6.

41) Us. mod. Pand. h. t. §. 11.

42) Iur. eccles. Protestant. Lib. III. Tit. 28. §. 12. sq.

43) S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 602 et 603. und *Mich. Gott.* WERNHER Lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 3.

44) S. Moser von der Landeshoheit in Policeysachen Kap. 4. §. 2. u. 13. und Böhmers auserlesene Rechtsfälle 2. Band 2. Abth. Resp. 157. Nr. 5. ff. Daher hat jetzt kein Privatmann das Recht sich ein Grabmal auf seinem Grund und Boden ohne specielle Erlaubniß des Landesherrn zu errichten. S. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 92.

Diese gehört zu den Rechten der Consistorien [45]). Fehlt es an einem dazu schicklichen Platze, so kann auch wohl ein Mitglied der Gemeinheit ein dazu dienliches Grundstück für einen billigen Preis zu verkaufen genöthiget werden [46]). Ein Kirchenpatron ist ohne landesherrliche Genehmigung einen Gottesacker anzulegen nicht befugt [47]).

§. 768.

Verschiedene Arten der Begräbnisse, und deren Rechte.

Der Kirchhof oder Gottesacker ist nun also jetzt allgemein der zu Begräbnissen christlicher Leichname unter öffentlicher Auctorität bestimmte Platz. Im Ganzen ist er ein Eigenthum der Gemeinheit, zu deren Gebrauch er bestimmt, und auf deren Kosten er angelegt ist. Jedes Mitglied der Gemeinde hat aber das Recht, zu verlangen, daß es auf dem gemeinschaftlichen Kirchhofe unentgeldlich begra-

45) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. cit. §. 603. Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Deutschland §. 296. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen- und Peinl. Rechts 1. B. S. 390. und Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts 3. Th. 1. Abth. §. 444. S. 551. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9.

46) S. CARPZOV Iurisprud. eccles. Lib. II. Tit. 24. Definit. 388. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 74. not. α. und Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 92. S. 152.

47) S. Schröter a. a. O. S. 390. und STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12.

begraben werde [48]). Jedoch können auch einzelne Mitglieder das ausschließliche Recht auf eine gewisse Stätte des gemeinschaftlichen Gottesackers vermöge eines besondern Titels erwerben. Daher sind die Grabstätten auf den Gottesäckern von zweierley Art, **gemeinsame** (*sepulcra communia*) worauf jedes Mitglied der Gemeinheit iure universitatis Anspruch hat, und **eigene**, (*sepulcra propria*) worauf Jemandem vermöge eines besondern Titels ein ausschließliches Recht zusteht; und letztere können wieder entweder **persönliche** oder **Erbbegräbnisse** seyn, je nachdem das Recht blos auf die Person des Erwerbers eingeschränkt ist, oder auch auf die Erben übergeht [49]). **Eigene** oder **Privatgrabstätten** sind also Ausnahmen von der Regel, und müssen vermöge eines besondern Titels erworben werden [50]). Eine solche Erwerbung kann entweder gleich durch die erste Fundation der Kirche oder des Kirchhofs, oder auch nachher durch Kauf, Vermächtniß, oder aus andern besondern Rechtsgründen geschehen. Auch die Erwerbung durch Verjährung ist heut zu Tage bey Begräbnissen nicht auszuschließen [51]). Soviel insonderheit

48) *Cap.* 13. *X. de Sepultur. Guil. Hier.* BRÜCKNER Diss. de sepultura gratis concedenda *Ienae* 1713. §. 19.

49) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. cit. § 604. a. E. Schnaubert in den angef. Grundf. des protest. Kirchenrechts §. 297.

50) S. Wiese im angef. Handbuch im 2. Th. §. 310. S. 755.

51) *L.* 4. *D. de mortuo inf.* sagt zwar: Longa possessio ius sepulchri non tribuit, cui iure non competit. Allein es bezieht sich dies auf den Grundsatz des Röm. Rechts, daß Grabstätten, als religiöse Sachen, weder an sich der Verjährung unterworfen waren, noch auch eine Servitut darauf erworben werden konnte. §. 1. *I. de usucap. L.* 4. *D. Commun. praedior.* S. *Iac.* GU-

THE-

heit die Erbbegräbnisse anbetrifft, so gehen dieselben entweder auf alle und jede Erben über, und dann werden sie Erbbegräbnisse im eigentlichen Verstande (*sepulchra hereditaria in specie*) genennt; oder sie sind blos auf gewisse Familien eingeschränkt; hier werden sie Familienbegräbnisse (*sepulchra familiaria*) genennt. Auch in dem Römischen Recht kommt diese Eintheilung vor [52]. Cajus sagt *L. 5. D. h. t.*

Familiaria sepulchra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit. *Hereditaria* autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit.

Der Unterschied zwischen beyden besteht darin. An Erbbegräbnissen hat jeder Erbe, ohne Rücksicht auf Verwandschaft, Antheil, also die Testamentserben so gut, als die Intestaterben. Es macht auch keinen Unterschied, ob sie zu gleichen oder ungleichen Theilen erben. Kinder behalten jedoch ihr Recht an der väterlichen Erbstätte, sie mögen Erben geworden seyn, oder nicht; sogar den enterbten Kindern verbleibt es, wenn anders der Vater nicht aus einem gerechten Haß ausdrücklich verboten hätte, daß sie in seinem Erbbegräbniß beygesetzt werden sollen. Es ist dies blos aus Gründen der Billigkeit so verordnet, denn dem Begriff eines Erbbegräbnisses ist dies freylich

THERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 11. und *Io.* WUNDERLICH lib. sing. de usu inscriptionum Rom. vet. maxime sepulchralium (*Quedlimb.* 1750.) Obs. III. §. 3. pag. 116. Es ist daher heut zu Tage davon kein Gebrauch zu machen. S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 33.

52) S. *B.* BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. II. cap. 14.

nicht gemäß, wie Ulpian selbst in folgender Stelle bemerkt hat.

L. 6. D. h. t. Vel quod paterfamilias iure hereditario adquisiit. Sed in utroque heredibus quidem, caeterisque successoribus, qualescunque fuerint, licet sepeliri, et mortuum inferre: etiamsi ex minima parte heredes ex testamento vel ab intestato sint: licet non consentiant alii. Liberis autem cuiuscunque sexus, vel gradus, etiam filiisfamilias, et emancipatis, idem ius concessum est: sive extiterint heredes, sive sese abstineant. *Exheredatis* autem, nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit, *humanitatis gratia* tantum sepeliri, non etiam alios, praeter suam posteritatem, inferre licet.

Auf den Fideicommissar geht jedoch das Erbbegräbniß des Verstorbenen nicht über, wenn ihm auch die ganze Erbschaft restituirt worden ist, sondern es bleibt bey dem directen Erben 53). Der prätorische Erbe hingegen nimmt daran Antheil 54).

Familienbegräbnisse unterscheiden sich nach dem römischen Rechte bloß darin von den Erbbegräbnissen, daß alle diejenigen ein Recht daran haben, welche zur Familie des Erwerbers oder Stifters gehören, wenn sie gleich nicht Erben geworden sind. Sie erfordern also, außer der Eigenschaft eines Familiengliedes, nicht zugleich die Eigenschaft eines Erben

53) L. 42. §. 1. *D. ad SCtum. Trebell.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 29.

54) *L. 36. D. de bonis libertor.* S. *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 10. pag. 471.

Erben [55]. Darin aber kommen sie mit den Erbbegräbnissen überein, daß solche auch auf Fremde übergehen können, wenn sie nämlich von dem Stifter des Begräbnisses zu Erben eingesetzt worden sind. Es erhellet dies vorzüglich aus der *L.* 13. *Cod. h. t.* wo es heißt:

Ius sepuchri tam *familiaris*, quam *hereditarii*, ad *extraneos* etiam *heredes*, famaliaris autem *ad familiam, etiam si nullus ex ea heres sit*, non etiam ad alium quemquam, *qui non est heres*, pertinere potest.

Nach dem besondern Begriff, den die Römer mit dem Wort *Familia* verknüpften [56], waren jedoch die Cognaten, wenn sie nicht zu Erben eingesetzt worden, von den Familienbegräbnissen ausgeschlossen, wie aus folgender Verordnung des Kaisers Philippus zu ersehen ist.

L. 8. *C. h. t.* Ius familiarum sepulchrorum ad affines seu *proximos cognatos*, non heredes institutos, minime pertinet.

Heutzutage kommt es auf die Bestimmung des Stifters an, ob an dem Familienbegräbniß bloß diejenigen ein Recht haben sollen, welche mit dem Stifter eines Stammes und Namens sind, oder alle, die von ihm abstammen, es sey durch Manns- oder Frauenspersonen. Im ersten Falle werden solche Begräbnisse Stamm- oder Geschlechtsbegräbnisse genennt [57]. Diese fallen als-

55) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 6. pr. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 567. u. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. p. 265.

56) *L.* 195. §. 2. *D. de Verb. Significat.*

57) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 24 — 27. und BOEHMERI ius parochiale Sect. II. cap. 2. §. 15.

dann mit dem Erlöschen der Familie an die Kirche zurück [58].)

§. 769.

Auf welchem Gottesacker ist Jeder zu begraben? Was ist Rechtens, wenn ein Verstorbener anderswohin gebracht werden soll?

Seitdem nun Kirchhöfe und Todtenäcker eingeführt sind, ist es Regel geworden, daß Jeder auf dem Kirchhofe derjenigen Parochie begraben werden muß, wo er gestorben ist [59]). Es gilt dies auch von Fremden, welche innerhalb den Gränzen einer Parochie versterben [60]). Hat jedoch der Verstorbene anderswo ein eigenes Begräbniß, so kann zwar sein Leichnam dahin gebracht werden, es müssen jedoch dem Pfarrer und der Pfarrkirche, in deren Gränzen er gestorben ist, die Funeralien entrichtet werden [61]). Wir finden in dem Römischen Rechte Beyspiele, daß die Testatoren zuweilen ihre Erben in besondern Codicillen gebeten haben, dafür zu sorgen, daß wenn sie etwa auf Reisen sterben sollten, ihr Körper in ihre Heimath gebracht, und in ih-

58) S. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts. §. 92. a. E. S. 153.

59) *Cap.* 1. 8. *et* 10. *X. de Sepultur. Cap.* 2. *eodem in VI. et Clem.* 2. *de Sepult.*

60) *Cap.* 3. *de Sepultur. in VI. Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 607.

61) S. Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts §. 299. und *Xav.* GMEINERI Institutiones iuris eccles. Tom. II. §. 430. in Schol. (Edit. IV. *Graecii* 1808.)

ihrem Erbbegräbnisse beygesetzt werde [62]. Jedoch darf ein solches Wegbringen einer Leiche an einen andern Ort nicht ohne Vorwissen und Erlaubniß der Obrigkeit des Orts geschehen, wo sie abgeschieden ist. Schon das römische Recht verordnet dies ausdrücklich. Ulpian sagt *L.* 3. §. 4. *D. de sepulchro violato.*

Divus autem *Marcus* rescripsit: Nullam poenam meruisse eos, qui corpus in itinere defuncti per vicos aut oppidum transvexerunt: *quamvis talia fieri sine permissu eorum, quibus permittendi ius est, non debeant* [63].

62) *L.* 30. §. 2. *D. de adim. et transf. legat.* L. 112. §. 2. *D. de condit. et demonstrat.* L. 14. §. 4. *D. de relig.* Hierher gehört auch noch vorzüglich die Stelle aus OVIDII *Fastis Lib. V. v.* 653. sq.

Saepe tamen patriae dulci tanguntur amore,
Atque aliquis moriens hoc breve mandat opus:
Mittite me Tiberi, Tiberinis vectus ut undis,
Littus ad Inachium pulvis inanis eam.

Man sehe hier vorzüglich KIRCHMANN de funeribus Romanor. Lib. III. cap. 25.

63) *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 7. Cod. Theodos. de Sepulchris violat. (Tom. III. Lib. IX. Tit. 17. pag. 172. der Ritterschen Ausgabe). *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 263. und *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotid. Lib. III. cap. 6. wollen zwar dieses Gesetz blos auf den Fall einschränken, wenn ein schon beygesetzter Leichnam wieder aus dem Begräbniß genommen, und anderswohin gebracht werden soll. Außerdem sey die obrigkeitliche Erlaubniß nicht nöthig. Allein daß diese Erklärung unrichtig, und den Worten zuwider sey, hat *Christph. Lud.* CRELL in Diss. de translatione mortuorum per territorium alienum, ad L. 3. §. 4. D. de sepulchro viol. *Vitembergae* 1734. §. 9. ganz überzeugend dargethan. Die vom erstern ent-

Bey den Römern wurde anfangs die Einwilligung der Pontificum erfordert, zu deren Ressort überhaupt die Begräbnißsachen gehörten [64]). Die bloße Auctorität des Senats war nicht hinreichend [65]). Nur die Proconsuln nahmen sich die Freyheit heraus, dergleichen Erlaubniß zur Translation für sich zu ertheilen [66]). In der Folge wurde diese Erlaubniß bey den Kaisern gesucht, welche diese in der Eigenschaft, als Pontifices Maximi, zu geben pflegten [67]). Auch heut zu Tage wird dies zum Ressort der

gegengesetzte *L.* 10. *C. de Relig.* will nur soviel sagen, daß die Erlaubniß der Translation, wenn darum gehörig nachgesucht worden, nicht leicht versagt zu werden pflege.

64) *L.* 8. *pr. D. h. t. L.* 5. §. 1. *D. de mortuo infer. L.* 50. *D. de hereditat. petit.* PLINIUS *Lib. X. Epist.* 69. GRUTERUS Inscription. f. 578. nr. I. S. *Hug.* GROTII Florum Sparsio ad ius Iustinian. pag. 105.

65) Man vergleiche TACITUS *Annal.* Lib. IV. cap. 44. mit DIO CASSIUS *Lib. XLVIII.* pag. 445. edit. *Steph.*

66) PLINIUS *Lib. X. Epist.* 69. *et* 70. *L.* 1. *Cod. de Religios.*

67) GRUTERI Inscript. fol. 607. nr. 1. enthalten ein Beyspiel einer darauf sich beziehenden Supplic: *Rogo, Domine, permittas mihi, in marmoreo sarcophago, quem mihi comparavi, ea corpora, quae, pressus necessitate, fictili sarcophago commendavi, colligere, ut, quando ego esse desinam, pariter cum eis ponar.* Die darauf ertheilte Subnotation lautet so: FERETRUM, d. h. lectum, in quo mortui transferebantur, wie es VARRO de Lingua Latina Lib. IV. pag. 40. erklärt, FIERI PLACET. Man sehe auch TACITI *Annales* XIV. 12. Vorzüglich gehört jedoch hierher *L.* 14. *Cod. de Religiosis.* Wo es heißt: Nemo humanum corpus ad alium locum *sine Augusti affatibus* transferat. In der *L.* 7. *Cod. Theodos. de sepulchris violat.* (Lib. IX. Tit. 17.) woraus die *L.* 14. *cit.* genommen ist, steht zwar, statt humanum,

der geistlichen Obrigkeit gezählt [68]). Die Auctorität der Policeybehörde wird nur aus besondern Gründen: z. B. wenn ein Tumult zu befürchten, oder wenn sich ein Verdacht eines etwa verübten Verbrechens offenbaret, erfordert [69]). Man behauptet auch heut zu Tage allgemein, daß de Durchfuhr der Leichen in jedem Jurisdictionsdistrict, durch welchen sie passirt, der Criminalbehörde angezeigt werden müsse [70]). Allein aus der *L.* 3. §. 4. *D. de sepulcro violato*, worauf sich alle berufen, läßt sich dies nicht erweisen. Es erhellet vielmehr daraus, daß der Durchpaß der Leiche von keinem Magistrat gehindert, noch die Leiche angehalten werden darf [71]). Es heißt nämlich daselbst ausdrücklich:

Edicto D. Severi mandatur: *Ne corpora detinerentur, aut vexarentur, aut prohiberentur, per territoria oppidorum transferri.*

Nur

num, *humatum;* und *Iac.* GOTOFREDUS in Comm. ad h. L. Tom. III. pag. 172. hält daher das *humanum* für einen Irrthum. Allein es ist dies wohl unstreitig eine absichtliche Interpolation des Tribonians, wie die ebenfalls in Cod. Theodos. fehlenden Worte: *sine Augusti afflatibus.*

68) S. CRELL cit. Diss. §. 12.

69) CRELL c. l. pag. 33.

70) S. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 20. *de* BERGER Oeconom. iuris. Lib. II. Tit. 1. Th. 3. not. 9. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. IV. §. 70. not. y. Andere meinen, die Anzeige müsse in jedem Territorium, durch welchen die Leiche geführt wird, der geistlichen Obrigkeit geschehen. S. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 4.

71) Man sehe CRELL cit. Diss. §. 13.

Nur wenn die Leiche durch ein fremdes Territorium geführt wird, ist die Anzeige bey der Ortsbehörde nöthig [72]).

Ehemals mußte für die Durchfuhr der Leiche ein Zoll abgegeben werden. Daher rechnet Macer *L.* 37. *pr. D. h. t.* die *vectigalia* [73]) unter die Begräbnißkosten. Allein

72) S. CRELL cit. Diss. §. 13. in fine.

73) Einige wollen zwar die Worte der *L.* 37. *cit.* et si qua *vectigalia* sunt, für eine fehlerhafte Leseart halten, und daher, statt vectigalia, lieber *vestiaria* lesen. So haben z. B. Haloander und Baudoza; auch verschiedene Handschriften, wovon Brenkmann in der Gebauerschen Ausgabe des *Corp. iur.* ad h. L. Beyspiele anführt. Ich kann denselben noch unsern Erlanger Pandecten-Codex beyfügen, welcher auch *vestiaria* lieset. Allein so sehr *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. c. 36. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1512.) und LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 10. diese Leseart vertheidigen; mit so vollkommenen Grunde verwirft sie *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. V. cap. 40. Cujaz beruft sich zwar auf die *Basilica Lib.* 59. und citirt daraus die Worte: *καὶ τὸ τέλος, καὶ ἡ σορὸς, καὶ ἡ ςολή.* Allein, was er für ein Exemplar von den Basiliken gehabt haben müsse, ist mir unbekannt. In der Fabrotischen Ausgabe fehlt wenigstens die *L.* 37. Dessen ungeachtet vertheidigen die florentinische Leseart mit Recht *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptarum Lection. iuris civ. (*Trajecti ad Rhen.* 1737. 8.) p. 120. sq. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXXIV. §. 8. und *Iac.* VOORDA ad Legem Falcidiam Commentar. c. VIII. pag. 168. Sie stimmt theils mit den nachfolgenden Worten: *vel sarcophagi, et vectura* besser überein. Denn *vectura* ist hier soviel als merces pro loco ad *λείψανα* transferenda in navi conducto, wie es *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. s. Observation. var. ad Pandect. ad Lib. XI. §. 5. in fin. ganz richtig er-

lein auch diese Abgabe ist in der Folge aufgehoben worden [74]), damit der Transport durch nichts gehindert, und aufgehalten werden möchte. Auch heut zu Tage kann dafür nichts gefordert werden, und auch den Geistlichen, durch deren Parochien die Leiche geführt wird, gebühren mit Recht keine Funeralien [75]).

§. 770.

Begräbnißact, und dessen verschiedene Art.

Die Beerdigung wird nach dem heutigen Kirchenrecht sowohl der Katholiken als Protestanten als eine religiöse Handlung betrachtet, welche in der durch die Kirchengesetze und Gewohnheiten vorgeschriebenen Form zu vollziehen ist. Ein solches Leichenbegängniß, wobey diese liturgische Form beobachtet wird, nennt man ein ehrliches, christliches, oder kirchliches Begräbniß (*Sepultura honesta, christiana, s. ecclesiastica*). Man erfordert dazu zweyerley; 1) daß

erklärt; theils ist es auch bekannt, daß ehemals für die Durchfuhr der Leichen Zoll gegeben werden mußte, wie aus *L. ult. C. h. t.* erhellet. *Vectigal* ist also hier soviel, als portorium quod in via et pontibus pendebatur pro transitu. SENECA *de constant. Sapientis c.* 14. SUETON. in *Vitellio* c. 14. *L.* 60. §. 8. *D. Locati. L.* 21. *D. de donat. inter vir. et uxor.* S. GERNOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 267.

74) *L. ult. Cod. h. t.* Diese Constitution, welche in den glossirten Ausgaben fehlt, hat Cujaz Lib. XI. Observat. c. 21. aus den Basiliken restituirt. Nach der lateinischen Uebersetzung lautet sie so: *In nullo quopiam loco vectigal ab aliqua persona pro corporibus ex uno in alium locum translatis praestetur.*

75) S. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 4.

1) daß das Begräbniß an einem anständigen Orte geschehe; und zwar in der Regel auf dem Kirchhofe, sofern nicht Jemand vermöge eines Vorrechts oder einer besondern Concession in der Kirche selbst begraben zu werden verlangen kann [76]. 2) Daß die Leiche zum Begräbniß begleitet werde, (*honor sepulturae* [77]). Ein solches Begräbniß dürfen die in Deutschland gebilligten christlichen Religionspartheyen einander auf ihren Gottesäckern nicht versagen, wenn sie gleich von verschiedener Religion sind [78], und es wird wenigstens bey den Protestanten auch den ungetauft verstorbenen Kindern gestattet [79]. Man theilt das christliche Begräbniß wieder in ein feyerliches, (*sepultura solemnis*) und ein stilles, oder nichtfeyerliches (*sepultura minus solennis*) ein, je nachdem es entweder mit allen nach Anordnung der Liturgie festgesetzten Feyerlichkeiten vollzogen wird, oder nicht. Zu jenem gehört die Begleitung der Geistlichkeit und der Schule unter öffentlichem Gesange, das Vortragen des Kreuzes, Geläute der Glocken, Haltung einer Trauerrede, Trauermusik u. dergl. [80]. Es hat jedoch auch

76) In dem Canonischen Rechte wird dieser Vorzug nur den Regenten, den Geistlichen, den Patronen und andern besondern Wohlthätern der Kirche zugestanden. *Can.* 13. 16. 18. *C. XIII. Qu.* 2. *Fr. de* ROYE de iure honorifico in ecclesia. Lib. I. c. 9.

77) *Iust. Hen.* BOEHMER iur. eccles. Protestant. Lib. III. Tit. 28. §. 21. n. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 605.

78) *Westph. Fr. Art. V.* §. 35. Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts §. 300.

79) BOEHMERR ius eccles. Protest. c. l. §. 47. et G. L. BOEHMERI Princip. iuris canon. §. 605.

80) Von den Solemnien katholischer Leichenbegängnisse handeln *Xav.* GMEINER Institut. iur. eccles. Tom. II. §. 431. und *Paul Ios.* a RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 434.

auch selbst das feyerliche Begräbniß nach dem Stande des Verstorbenen seine verschiedenen Grade, welche nach der Observanz eines jeden Orts zu beurtheilen sind [81]). Dem Pfarrer liegt übrigens bey der Beerdigung seiner Parochianen die Sorge für die Beobachtung der liturgischen Form ob, wofür er seine Gebühren oder Funeralien erhält [82]).

Dem kirchlichen Begräbniß wird das unehrbare (*sepultura inhonesta*) entgegengesetzt, welches zur Strafe ohne die kirchliche Form an einem von dem Kirchhofe abgesonderten Orte geschieht. Das kanonische Recht bestimmt eine große Anzahl von Fällen, in welchen Jemand des kirchlichen Begräbnisses auf geweiheten Gottesäckern beraubt seyn soll [83]). Allein diese Verordnungen werden bey den Protestanten nicht durchgehends in Anwendung gebracht [84]). Der äusserste Grad des unehrbaren Begräbnisses ist das sogenannte Eselsbegräbniß (*sepultura asinina*), welches darin

81) S. Wiese Handbuch des Kirchenrechts 3. Th. §. 416 S. 371.

82) *Cap.* 5. *X. de sepultur. Clem.* 2. *eodem. Cap.* 42. *X. de Simonia Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur canon. §. 607.

83) Es werden dahin alle Nichtgetaufte und Ketzer, alle mit dem Kirchenbann belegte, und nicht vor ihrem Tode absolvirte, alle Selbstmörder, und die im Duell geblieben sind, desgleichen alle, die sich des Verbrechens der Zinswucherey schuldig gemacht haben u. d. m. gerechnet. *Cap.* 27. *et* 28. *Dist.* 1. *de Consecrat. Cap.* 8. *et* 13. *X. de heret. Cap.* 2. *eodem in 6to. Cap.* 1. *X. de torneament. Cap.* 11. *et* 12. *X. de sepultur. Cap.* 28. *X. de sentent. excommunic. Can.* 12. *C. XXIII. Qu.* 5. *Cap.* 3. *X. de Usur. Cap.* 2. *eodem in 6to.* S. GMEINER Institut. iur. eccles. Tom. II. §. 432.

84) *I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. III. Tit. 28. §. 40. — §. 55. und Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts §. 298.

darin besteht, wenn der Körper eines Menschen, wie der eines Viehes, von dem Schinder weggeschleppt, und unter dem Galgen oder auf dem Schindanger eingescharrt wird. Dieses setzt ein begangenes schweres Verbrechen voraus, und ist ein Gegenstand der Criminaljurisdiction [85]).

§. 771.

Von Begräbnißkosten. I. Wer trägt sie?

Das Begräbniß erfordert nun mancherley Kosten. Diese müssen in der Regel aus dem Vermögen des Verstorbenen bestritten werden. Daher sagt Ulpian [86]): De suo expedit mortuos funerari. Die Gesetze betrachten in dieser Hinsicht den Vorschuß zu den Begräbnißkosten als eine auf der Verlassenschaft haftende Schuld, für welche die Verlassenschaftsmasse selbst haftet, wenn gleich kein Erbe existirt [87]). Wenn daher eine Ehefrau verstirbt, so muß sie aus ihrem eingebrachten Vermögen und Heyrathsgute begraben werden. Wer also das Heyrathsgut lucrirt, muß diese Kosten tragen. Hat der Ehemann sie vorgeschossen, so ist er solche bey der Restitution des Heyrathsgutes von den zurückzuzahlenden Illaten abzuziehen berechtiget. Denn dieser Kostenaufwand wird als eine Schuld des Heyrathsgutes angesehen.

L. 16.

85) S. BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 608. und Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinl. Rechts. 1. Th. §. 76. S. 168. Not. g.

86) L. 14. §. 13. *D. h. t.*

87) L. 1. L. 18. *D. h. t.* L. 12. §. 3. L. 14. §. 1. *D. eodem.* L. 45. *D. eodem.*

L. 16. D. h. t. In eum, ad quem dotis nomine quid pervenerit, dat Praetor funerariam actionem: *aequissimum enim visum est veteribus, mulieres, quasi de patrimoniis suis, ita de dotibus funerari:* et eum, qui morte mulieris dotem lucratur, in funus conferre debere, sive pater mulieris est, sive maritus.

L. 17. D. eodem. Sed si nondum pater dotem reciperaverit, vir solus convenietur, *reputaturus patri, quod eo nomine praestiterit.*

L. 18. Impensa enim funeris *aes alienum dotis* est.

L. 19. eod. Ideoque etiam dos sentire hoc aes alienum debet.

L. 20. §. 2. D. eod. Cum materfamilias decedit, nec est eius solvendo hereditas, *funerari eam ex dote tantum oportet:* et ita CELSUS scribit.

Hat die Ehefrau ausser dem Heyrathsgute noch anderes Vermögen hinterlassen, und beydes fällt an verschiedene Personen, z. B. das Heyrathsgut vermöge der Eheverträge an den Mann, das übrige Vermögen an die Erben der Frau, so tragen beyde die Kosten nach dem Verhältniß dessen, was sie aus dem Nachlaß der Frau erhalten haben.

L. 22. D. eod. CELSUS scribit: Quoties mulier decedit, ex dote, quae penes virum remanet, et caeteris mulieris bonis, pro portione funeranda est.

L. 23. Veluti si in dote centum sint, in hereditate ducenta: duas partes heres, unam vir conferet.

Jedoch ist das Verhältniß dergestalt zu bestimmen, daß der Erbe, als Erbe, die Vermächtnisse und übrigen

Schul-

Schulden allein übernehmen muß, damit nicht durch Abzug derselben die Erbschaft zum Nachtheil des Mannes vermindert, und dieser dadurch in Rücksicht seines Antheils zum Kostenbeytrag zur Ungebühr belästiget werde, zumal der Vorschuß der Begräbnißkosten allen andern Schulden vorgeht [88]).

L. 24. D. h. t. IULIANUS scribit, *non deductis legatis.*

L. 26. D. eodem. Nec aere alieno deducto.

L. 27. pr. D. eod. Sic pro rata et maritum et heredem conferre in funus oportet.

Auf gleiche Weise können auch Eltern die auf das Begräbniß ihrer Kinder verwandten Kosten zurückfordern, wenn diese eigenes Vermögen hinterlassen [89]), und die Eltern tragen sie als Miterben nur pro rata.

L. 30. D. h. t. Contra quoque, quod pater in funus filiae impendit, aut alio agente secum funeratitia praestitit, ipse actione de dote a marito recipit [90]). Sed

88) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. *ad L. 24. D. h. t.* und *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 17. pag. 510.

89) S. Hymmens Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten 2. Samml. S. 123. Nr. 6.

90) POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. XLVII. not. e. erklärt diese Stelle von dem Falle, da der Vater seiner Tochter ein Heyrathsgut versprochen, und mit seinem Schwiegersohn die Uebereinkunft getroffen hat, daß solches nach dem Tode der Tochter demselben verbleiben solle. Stirbt nun die Tochter, ehe noch das Heyrathsgut ausgezahlt war, so könne der Vater, wenn er wegen des versprochenen Heyrathsgutes actione ex sti-

Sed si emancipata in matrimonio decedat, collaturos heredes, bonorumve possessores, et patrem pro portione dotis, quam recipit, et virum pro portione dotis, quam lucratus est.

Hat der Verstorbene kein Vermögen hinterlassen, oder das hinterlassene Vermögen ist zur Bestreitung der Beerdigungskosten unzulänglich, so liegt zunächst dem Vater die Verbindlichkeit ob, seine Kinder begraben zu lassen; und zwar ist kein Unterschied, sie seyen noch in väterlicher Gewalt oder nicht.

L. 21. D. h. t. In patrem, cuius in potestate fuerit is, cuius funus factum erit, competit funeraria actio pro dignitate et facultatibus.

Wenn

stipulatu belangt wird, die Leichenkosten abziehen, die er auf das Begräbniß seiner verstorbenen Tochter verwendet hat. Allein Anton Faber in Rational. in Pandect. ad. h. L. 30. setzt hier richtiger einen solchen Fall voraus, wo das Heyrathsgut der Tochter, welches der Vater bestellet hatte (dos profectitia), nach dem Tode der erstern wieder an den Vater zurückfiel. Hier geschahe es nicht selten, daß eine terminliche Restitution (annua, bima, trima die *L. un. §. 7. Cod. de rei uxor. act.*) ausbedungen wurde. Starb nun die Tochter in der Ehe, und der Vater hatte sie begraben lassen, oder ein Anderer hatte dieses gethan, dem der Vater den Kostenvorschuß wieder ersetzen mußte; so brauchte der Vater den Termin nicht abzuwarten, sondern er konnte gleich actione de dote darauf klagen, daß ihm der gemachte Kostenaufwand aus dem Heyrathsgute der Tochter ersetzt werde. Diese Erklärung ist unstreitig den Worten angemessener, als jene des Pothier, nach welcher der Vater als Beklagter dargestellt wird, der doch nach den klaren Worten des Fragments offenbar als Kläger aufgeführt wird.

Wenn daher die verstorbene Tochter verheyrathet war, aber keinen Brautschatz gehabt, noch sonst Vermögen hinterlassen hat, so ist nicht der Ehemann, sondern der Vater, wenn dieser vermögend ist, die Begräbnißkosten zu übernehmen schuldig.

L. 18. *D. h. t.* Quod si nulla dos esset, tunc omnem impensam patrem praestare debere, ATILICINUS ait.

Auf jeden Fall bleibt immer der Vater die Kosten für die Beerdigung seiner Kinder in soweit zu tragen verbunden, als solche nicht aus dem nachgelassenen Vermögen derselben bestritten werden können.

L. 20. §. 1. *D. h. t.* Si maritus lucratur dotem, convenietur funeraria: *pater* autem non. Sed in hunc casum puto, si dos, quia permodica fuit, in funus non sufficit, *in superfluum in patrem debere actionem dari.*

L. 31. *pr. D. eodem.* Si filiusfamilias miles sit, et habeat castrense peculium: puto successores eius ante teneri: *sic deinde ad patrem venire.*

Ich bemerke hier nur zur Erläuterung der letzten Stelle, welche, so wie die erstere, aus Ulpians *Lib.* 25. *ad Edictum* genommen ist, daß wenn ein Sohn im Kriegsdienst verstarb, und ein peculium castrense hinterließ, zwey Fälle zu unterscheiden waren. Er hatte entweder über das Peculium testirt, und darin, wie er konnte, mit Uebergehung des Vaters, einen Fremden zum Erben ernannt, oder er war ohne Testament verstorben. Im ersten Falle fielen die Begräbnißkosten zunächst dem Erben zur Last, und der Vater war nur in soweit dieselben zu über-

übernehmen verbunden, als sie nicht aus der Erbschaft allein bestritten werden konnten. In dem letztern Falle hingegen fiel zu Ulpians Zeiten das peculium castrense an den Vater, welcher jedoch dasselbe nicht iure hereditario, sondern iure patriae potestatis, also nicht als Erbschaft, sondern als Peculium erhielt [91]). Der Vater mußte also hier die Kosten des Begräbnisses in solidum tragen [92]).

Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche muß der Vater auch seine unehelichen Kinder begraben lassen [93]). Man leitet diese Verbindlichkeit daraus her, weil sie der Vater in ihrem Leben zu ernähren schuldig war [94]). Jedoch wird hier nicht, wie bey legitimen Kindern, auf den Stand und Würde des Vaters Rücksicht genommen [95]).

Nach dem Vater ist die wohlhabende Mutter, und nach derselben sind auch die Großältern von väterlicher und mütterlicher Linie zu den Beerdigundskosten verpflichtet. Die Praxis richtet sich hier nach eben der Ordnung, in welcher die Verbindlichkeit zur Ernährung der Kinder eintritt [96]). Daher sind auch gegenseitig wohlhaberde Kinder ihre arme Eltern auf ihre Kosten beerdigen zu lassen verbunden [97]).

91) *L.* 2. D. *de castrensi peculio.*

92) S. *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. h. L. 31. pr. D. h. t. pag. 600.

93) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 43.

94) S. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

95) *L.* 21. *D. h. t.*

96) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 43.

97) STRYK c. l. §. 44. und *Gebh. Christ.* BASTINELLER Diss. de iure sepulturarum. *Vitebergae* 1730. Cap. IV. §. 1.

Der Ehemann hingegen ist nur dann die Kosten für die Beerdigung seiner verstorbenen Frau zu übernehmen verbunden, wenn die letztere weder Vermögen hinterlassen hat, noch ihr Vater vermögend ist, diesen Kostenaufwand zu bestreiten; und dann kommt ihm doch immer auch die Wohlthat der Competenz zu statten, wenn er von demjenigen, der den Kostenvorschuß gethan hat, auf Wiedererstattung belangt wird, und er nicht alles bezahlen kann, ohne sich selbst den nöthigen Unterhalt zu entziehen [98]). **Pomponius** sagt *L.* 28. *D. h. t.*

Quodsi nulla dos esset, tunc omnem impensam patrem praestare debere, ATILICINUS ait: aut heredes eius mulieris, puta emancipatae. Quodsi neque heredes habeant, neque pater solvendo sit, *maritum, in quantum facere potest, pro hoc conveniri:* ne iniuria eius videretur, quondam uxorem eius insepultam relinqui.

Umgekehrt wendet man dies auch auf die Frau an, welche man für schuldig hält, ihren Mann begraben zu lassen, wenn er weder selbst Vermögen hinterlassen hat, noch ein vermögender Vater vorhanden ist, der diese Kosten übernehmen könnte [99]).

Außerdem stellt die Praxis den Grundsatz auf, daß derjenige, welcher dem Verstorbenen die Alimente geben mußte,

98) WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 73. BERGER Resolution. L.Leg. obstant. h. t. Q. 2. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Q. 4.

99) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 29. CARPZOV P. III. Constit. 25. Def. 7.

mußte, auch zur Beerdigung desselben verbunden sey [100]). Man sieht diesen Aufwand gleichsam als die letzte Liebespflicht an, wozu der Ernährer des Verstorbenen um so mehr verbunden sey, weil er durch den Tod des Alimentars von der Last der Ernährung befreyet werde [1]). Allein in der Theorie ist dieses Princip nicht gegründet, wie schon von andern [2]) gezeigt worden ist. Denn die Pflicht der Ernährung wird durch den Tod des Alimentars aufgehoben [3]). Wie kann also aus einer erloschenen Verbindlichkeit die Verbindlichkeit zur Beerdigung hergeleitet werden, welche erst nach dem Tode des Alimentars eintreten kann? Mehrere [4]) schränken daher jene Regel blos auf den Fall ein, wenn die Verbindlichkeit zur Ernährung aus gesetzlicher Vorschrift (*ex provisione legis*) entspringt; wie z. B. bey Eltern, Kindern und Geschwistern, desgleichen bey Ehegatten. Läugnen hingegen die Anwendbarkeit derselben schlechterdings, wenn die Verbindlichkeit zur Ernährung *ex provisione hominis* herrührt, und z. B. durch Vertrag oder letzte Willensverordnung ist begründet wor-

 den.

100) COLERUS Tr. de alimentis Lib. II. cap. 1. nr. 12. sqq. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 42. CARPZOV P. II. Constit. 46. Def. 23. nr. 2. et 3.

1) HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4035. nr. IX.

2) S. *Io. Gottlieb* SIEGEL Diss. de legitimo successore hereditatem omittente, actionis funerariae reo. *Lipsiae* 1725. §. 5. und *Ern. Henr.* MYLII Disquisit. An is, qui alimenta vivo praestitit, ad hunc sepeliendum sit obligatus? *Vitebergae* 1737.

3) L. 8. §. 10. D. *de transact.*

4) MÜLLER ad *Struvium*. Exercit. XV. Th. 87. not. γ. BASTINELLER Diss. de iure sepulturarum Cap. IV. §. 1. in fin.

den. Hier hört sie mit dem Tode des Alimentars auf, weil dergleichen Dispositionen streng zu erklären sind.

Ist Niemand vorhanden, dem dieser Kostenaufwand aufgebürdet werden kann, so muß der Verstorbene aus der öffentlichen Armenkasse begraben werden. Den Gläubigern kann diese Last zu übernehmen, den Rechten nach nicht zugemuthet werden [5]).

§. 772.

Wem liegt die Sorge für die Beerdigung ob? Klagen wegen Wiedererstattung vorgeschossener Beerdigungskosten.

Die Sorge für die Beerdigung eines Verstorbenen liegt vor allen Andern demjenigen ob, dem der Verstorbene den Auftrag dazu ertheilt hat. Dieser kann sich dem Beerdigungsgeschäft vermöge des erhaltenen Auftrags unterziehen, wenn auch gleich der Haupterbe widersprechen sollte [6]). Es steht ihm aber auch frey, den Auftrag von sich abzulehnen, und er hat deshalb keine weitere Strafe zu befürchten, als daß er das Legat verliert, welches ihm deshalb von dem Verstorbenen ist ausgesetzt worden.

L. 12. §. 4. *D. h. t.* Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit: sed, si non ille fecit, nullam esse huius rei poenam, nisi aliquod pro hoc emolumentum ei relictum est; tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur.

Hätte er jedoch die Belohnung schon erhalten, und er besorgt die Beerdigung nicht, so kann er actione doli belangt

5) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 55.

6) *L.* 14. §. 13. *D. h. t.*

langt werden, daß er das Empfangene wieder herausgebe; er kann aber auch auf angebrachte Imploration angehalten werden, sich noch der Leichenbesorgung zu unterziehen [7]).

L. 14. §. 2. *D. h. t.* Si cui funeris sui curam testator mandaverit, et ille, accepta pecunia, funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit. Credo tamen, et extra ordinem eum a Praetore compellendum, funus ducere.

Erhielt Niemand einen Auftrag, so ist zunächst der Haupterbe die Beerdigung zu besorgen verpflichtet. Nächst diesem kommen die Verwandten in der Ordnung, wie sie succediren [8]). Nimmt keine dieser Personen sich der Beerdigung an, so kann sie, selbst wider deren Verbot, jeder Fremde besorgen. Denn der Prätor verordnet, wie Ulpian [9]) sagt, ganz allgemein:

Quod funeris causa sumtus factus erit, eius recuperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo.

Ulpian fügt noch hinzu *L.* 12. §. 3. *D. h. t.* Hoc Edictum iusta ex causa propositum est: ut, qui funeravit, persequatur id, quod impendit. Sic enim fieri, ne insepulta cadavera iacerent: neve quis de alieno funeretur.

Hat Jemand die Begräbnißkosten vorgeschossen, so hat es entweder der Miterbe gethan, und dann fordert dieser von

7) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

8) *L.* 12. §. 4. *D. h. t.* Si nulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contigit: si nemo scriptus est, legitimos, vel cognatos quosque suo ordine, quo succedunt.

9) *L.* 12. §. 2. *D. h. t.*

von dem andern Miterben die Auslage seines Beytrags mit der *actio familiae erciscundae* zurück [10]; oder ein Anderer hat sie vorgeschossen. Dieser hatte entweder den Auftrag zur Besorgung des Begräbnisses vom Erblasser oder von demjenigen, welcher zunächst dazu verpflichtet war, erhalten, und dann kommt ihm wegen seiner Auslagen die Mandatsklage zu statten [11]. Oder er hat das Begräbniß ohne Auftrag besorgt. Hier sind zwey Fälle zu unterscheiden. Der Leichenbesorger hat sich entweder dem Beerdigungsgeschäft unterzogen, nachdem der Erbe bereits die Erbschaft angetreten hatte. Hier hat er das Geschäft des Erben gerirt, und es hat daher die *actio negotiorum gestorum contraria* Statt [12]. Oder er hat das Leichenbegängniß besorgt, vor Antretung der Erbschft, für diesen Fall hat der Prätor eigentlich die *actio funeraria* eingeführt. Denn so lange der Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat, kann man nicht sagen, es sey desselben negotium gerirt worden. Folglich hatte auch die actio negotiorum gestorum gegen ihn nicht statt. Können auch sonst die Geschäfte eines Verstorbenen vor Antretung der Erbschaft besorgt werden, so daß die actio negotiorum gestorum gegen den Erben begründet ist, so müssen es doch solche Geschäfte seyn, welche bey Lebzeiten des Erblassers zu dessen Nutzen gerirt werden konnten, oder, wie der Prätor in seinem Edict sagt: *quae, cuiusque, cum is moritur, fuerint* [13]. Von dieser Art ist aber nicht das Beerdigungsge-

10) *L.* 14. §. 12. *D. h. t.*

11) *L.* 14. §. 15. *D. eodem.*

12) *L.* 3. §. 6. *D. de negot. gest. L.* 14. §. 7. *D. h. t.*

13) *L. cit.* 3. §. 6. *D. de negot. gest.*

geschäft, quandoquidem vivus nemo sepelitur, wie Anton Faber [14]) ganz richtig bemerkt. Deswegen führte der Prätor für den Fall eine eigene Klage ein, wenn Jemand sich ohne Auftrag der Beerdigung eines Verstorbenen, vor Antretung der Erbschaft, unterzogen, und deswegen Kosten aufgewandt hat [15]). Der Prätor nimmt zum Grunde der Klage an, als ob durch die Leichenbesorgung ein Geschäft des Verstorbenen gerirt worden sey, dessen Person die noch nicht angetretene Erbschaft vorstellt. Denn da Jedem daran gelegen seyn muß, daß sein Körper nach seinem Tode anständig beerdiget werde [16]); so sieht man die Leichenbesorgung gleichsam als einen Contract mit dem Verstorbenen an. Ulpian lehrt dieses ganz deutlich, wenn er *L.* 1. *D. h. t.* sagt: Qui propter funus aliquid impendit, *cum defuncto contrahere creditur*, non cum herede. Die actionis funeraria ist also im Grunde eine Art der actio negotiorum gestorum, und entspringt, wie diese, aus einem Quasi-Contract [17]). Man wird sich von dieser Ansicht noch mehr überzeugen, wenn man die Inscription der L. 1. zu Hülfe nimmt. Nach Anzeige derselben

14) Rational. in Pand. h. t. ad L. 1. pag. 561.

15) S. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. h. §. 30. et 31. *Io. Ad.* KURRER Diss. de actione funeraria. *Tubingae* 1684. §. 6. *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de act. funeraria. *Ienae.* 1690. §. 2. und Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1081.

16) Ueber die Idee der Alten, daß Niemand vor seiner Beerdigung über den Styx gesetzt, und in die Unterwelt aufgenommen werde, sehe man *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium. Lib. I. cap. 11.

17) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8.

ben ist unser Fragment aus Ulpians *libro decimo ad Edictum* genommen, in welchem dieser römische Jurist das Edict des Prätors *de negotiis gestis* erklärt hat, wie aus der Vergleichung derjenigen Stellen in den Pandecten erhellet, welche aus dem nämlichen Buche des Ulpians genommen sind[18]. Jakob Labittus[19], Christ. Heinr. Eckhard[20] und Carl Fried. Walch[21], haben dies alles vortreflich ausgeführt. Darin unterscheidet sich jedoch die actio funeraria von der actione negotiorum gestorum contraria, daß bey jener Klage noch mehr, als bey dieser, auf Billigkeit gesehen werden soll, weil dem Staate selbst daran gelegen ist, daß die Todten nicht unbegraben liegen bleiben, sondern zu rechter Zeit gehörig zur Erde bestattet werden. Ulpian lehrt dieses ebenfalls, wenn er *L.* 14. §. 13. *D. h. t.* sagt: Et generaliter puto, iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, *sed solutius aequitatem sequi;* cum hoc ei et actionis natura indulget.

Die actio funeraria ist jedoch nur eine subsidiarische Klage, sie hat daher nicht Statt, wenn derjenige, welcher die Begräbnißkosten aufgewandt hat, durch eine andere Klage seine Auslagen wieder erhalten kann.

L. 14. §. 12. *D. h. t.* LABEO ait, quoties quis aliam actionem habet de funeris impensa consequenda, *fune-*

18) *L.* 1. *L.* 3. 5. 8. 10. 12. *et L.* 20. *D. de negot. gest.* S. *Abr.* WIELING Iurisprud. Restituta. Tom. I. pag. 269.

19) Usus Indicis Pandectar. Cap. II. §. 1. (in *Abr.* WIELING *Iurisprud. restitut.* Tom. II. pag. 6.)

20) Hermeneut. iuris Lib. I. §. 191.

21) Ad *Eckhardum* c. l. Not. ad §. 191. pag. 365.

funeraria eum agere non posse: et ideo, si *familiae erciscundae* agere possit, *funeraria* non acturum. Plane, si iam familiae erciscundae iudicio actum sit, posse agi.

L. 14. §. 15. *D. eod.* Qui mandatu alterius funeravit, non habet *funerarium actionem*, sed is scilicet, qui mandavit funerandum, sive solvit ei, cui mandavit, sive debet. — Contra si quis mandatu heredis funeravit, non posse eum *funeraria* agere, LABEO scribit: quia habet *mandati actionem*.

Direct steht die Klage demjenigen zu, welcher ohne Auftrag, jedoch quasi alienum negotium gerens, das Begräbniß eines Andern, vor angetretener Erbschaft, entweder selbst besorgt, und deswegen Kosten, nicht als Schenkung, aufgewandt, oder einem Andern deshalb einen gültigen Auftrag ertheilt hat; imgleichen jedem Erben und Nachfolger desselben [22]).

Utiliter kann sich jedoch derselben auch

1) Ein Mandatar bedienen, und zwar

a) wenn ihm der Auftrag zur Beerdigung von einem Pupillen, ohne Zustimmung des Vormundes, war ertheilt worden. Es lassen sich hier zwey Fälle gedenken.

α) Der Pupill, der den Auftrag ertheilt hat, ist nicht Erbe des Verstorbenen, und die Leiche ging ihn gar nichts an. Hier wird die actio funeraria utilis gegen den Erben gestattet, weil es unbillig seyn würde, wenn der Erbe durch die Ungültigkeit des Auftrags gewinnen sollte. Direct hat die Klage darum nicht Statt, weil der Mandatar

22) *L.* 31. §. 2. *D. h. t.*

tat hier nicht die Absicht hatte, den Erben verbindlich zu machen [23]).

β) Die Leiche gieng den Pupillen selbst an, und dieser hat einem Andern, ohne Auctorität seines Vormunds, den Auftrag zur Beerdigung gegeben. Hier kann gegen den Pupillen geklagt werden, wenn dieser Erbe des Verstorbenen geworden ist, so weit nämlich die Erbschaft zur Bezahlung der Kosten hinreicht. Denn so weit ein Unmündiger bereichert ist, wird er auch, ohne Auctorität seines Vormundes, verbindlich [24]). Alles dies bestätiget folgende Stelle Ulpians.

L. 14. §. 15. *D. h. t.* Quodsi pupillus mandavit sine tutore auctore, *utilem funerariam* dandam adversus heredem ei, qui impendit: lucrari enim heredem iniquum est. Si autem pupillus *funus ad se pertinens* sine tutoris auctoritate mandavit, *dandam in eum actionem arbitror*, si et heres extitit ei, qui funeratus est, solvendoque hereditas est.

b) Wenn zwar der Auftrag an sich gültig war, die actio mandati aber, wegen der Zahlungsunvermögenheit des Mandanten, dem Mandatar nichts nützt [25]).

2) Der Besitzer der Erbschaft, welcher den Verstorbenen in der Meinung, daß er desselben Erbe sey, hatte beerdigen lassen, wenn er nachher den wahren Erben weichen mußte,

23) S. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XXXIX. Not. e.

24) POTHIER c. l. not. f.

25) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad §. 16. Legis 14. D. h. t. pag. 590. und SLEVOGT Diss. cit. §. 7.

mußte, und bey der Restitution der Erbschaft die Begräbnißkosten nicht abgezogen hat. Daß dieser die aufgewandten Kosten nur actione funeraria utili zurückfordern könne, beweißt folgende Stelle des Paulus.

L. 32. pr. D. h. t. Si possessor hereditatis funus fecerit, deinde victus, in restitutione non deduxerit, quod impenderit, *utilem* esse ei *funerariam.*

Der Grund hiervon ist nicht bloß Billigkeit, sondern weil vermöge des unter dem Kr. Hadrian gemachten Juventianischen Senatusconsultums der redliche Besitzer, ausser der Restituton der Erbschaft, keinen Schaden leiden soll [26]), wie Anton Faber [27]) mit Recht bemerkt hat. Eine directe Klage konnte hingegen nach der Strenge des Rechts darum nicht Statt finden, weil der Besitzer der Erbschaft die Kosten der Beerdigung nicht in der Absicht aufwandte, um das Geschäft eines Andern zu besorgen. Ulpian lehrt dieses deutlich, wenn er sagt:

L. 14. §. 11. D. h. t. Si quis, dum se heredem putat, patremfamilias funeraverit, *funeraria actione* uti non poterit, *quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens.* Et ita TREBATIUS et PROCULUS putat. Puto tamen et ei *ex causa* dandam *actionem funerariam.*

3) Der Legatar, wenn die demselben von dem Erblasser vermachten Kleider zur Leiche verwendet worden sind, kann den Ersatz dafür mit der actio utilis von dem Erben forden, und diese Forderung hat die Rechte der Leichenkosten. Es gehören hierher folgende Stellen.

L. 46.

26) *L. 25. §. 11. D. de hereditat. petit.*

27) Rational. in Pand. ad h. L. 3 h. t.

L. 46. §. 2. *D. h. t.* Ei, cui vestimenta legantur, si in funus erogata sint, utilem actionem in heredem dandam placuit, et privilegium funerarium [28]).

L. 3. *Cod. h. t.* Legatum a defuncto tibi relictum, et quod in funus vel morbum eius erogasse te boni viri arbitratu probaberis, Praeses provinciae solvi tibi iubebit.

Die Klage wird gegen den angestellt, welchem die Besorgung des Begräbnisses oblag, und sie ist auch dann begrün-

28) *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. pag. 610. versteht dieses Fragment von dem Falle, da der Erbe unwissend Kleider, die von dem Verstorbenen einem Andern waren vermacht worden, auf die Leiche desselben verwendet hat, und beruft sich auf die *L.* 63. *D. de Legat. II.* wo es heißt: Si heres rem legatam ignorans in funus consumsit, ad exhibendum actione non tenebitur: quia nec possidet, nec dolo malo fecit, quominus possideret; sed per *in factum actionem* legatario consulitur, ut indemnitas ei ab herede praestetur. Die *actio utilis*, deren in der *L.* 46. gedacht wird, sey also eine *actio in factum*, wie sie hier genennt wird. Ihm stimmt auch POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. III. Lib. XLII. Tit. 5. Nr. XXXII. not. a. et b. pag. 186. bey. Die Glosse hingegen nimmt den Fall an, da der Legatar selbst das Vermächtniß für die Leiche verwendet hat. So versteht diese Stelle auch SLEVOGT in Diss. de actione funeraria §. 3. und HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4036. lit. B. Da der actio utilis das Privilegium der actionis funerariae beygelegt wird, so scheint mir die letztere Erklärung dem Zusammenhang der Rede und der Natur der Sache angemessener zu seyn. Für die erste Erklärung stimmt indessen auch *Io.* ALTAMIRANUS Tractat. II. ad Libr. II. Quaestionum Scaevolae ad h. L. (in MEERMANI *Thesauro iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 395.)

gründet, wenn gleich derselbe die Besorgung dem Kläger untersagt hatte, dabey aber selbst keine Anstalten dazu machte.

L. 14. §. 13. *D. h. t.* Idem LABEO ait, si *prohibente herede* funeraveris testatorem, ex causa competere tibi *funerariam.*

L. 14. §. 17. *D. eod.* Datur autem haec actio adversus eos, *ad quos funus pertinet*, utputa adversus heredem bonorumve possessorem, caeterosque successores.

Sie geht auf die Wiederbezahlung der aufgewandten Leichenkosten; und zwar ist die actio funeraria mit dem besondern Vorzugsrecht versehen, daß bey einem entstandenen Concurs über das Vermögen des Verstorbenen die vorgeschossenen Begräbnißkosten vor allen andern Forderungen bezahlt werden müssen. **Mäcian** sagt *L.* 45. *D. h. t.*

Impensa funeris semper deducitur, *quae etiam omne creditum solet praecedere*, cum bona solvendo non sint.

Mehrere Rechtsgelehrten [29]), und unter den neuern vorzüglich **Westphal** [30]) meinen zwar, die Worte: *omne creditum* dürften nicht so allgemein genommen werden, sondern

29) *Fr.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 17. in fin. *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 7. Cod. Qui potiores in pignore. nr. 4. pag. 638. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum.* pag. 269. *Petr.* VANDERANUS de privilegiis creditor. Cap. 3. (in *Ger.* MEERMAN *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 686.)

30) Syst. Erläut. der Röm. Gesetze vom Pfandrecht §. 147.

dern man könnte solche nur höchstens von den persönlichen Schuldforderungen verstehen. Vor den Hypotheken könnte man ihnen hingegen keinen Vorzug einräumen, wenigstens nicht vor allen. Man sagt, der Ausdruck *creditum* deute im rechtlichen Sinn nur Personalgläubiger an [31]). Sodann sage **Märcian** ausdrücklich, die Begräbnißkosten sollten aus der Erbschaft bezahlt werden. Was könnte dies anders heissen, als daß das Privilegium dieser Forderung ein blos persönliches sey? Denn Pfänder, welche die Gläubiger mit der hypothekarischen Klage verfolgen können, dürfe man hierher nicht rechnen [32]). Hierzu komme, daß in der *L.* 14. §. 1. *D. h. t.* die Begräbnißkosten ausdrücklich blos dem Pfandrechte des Vermiethers wegen des ihm schuldigen Miethgeldes, und den Vermächtnissen vorgezogen würden. Dies sey als ein specielles Recht anzusehen, welches seinen besondern Grund habe, der sich auf andere Pfandrechte nicht ausdehnen läßt. Denn von Vermächtnissen sey es überhaupt bekannt, daß sie allemal erst nach Abzug der Schulden des Erblassers bezahlt würden. Der Vermiether aber solle blos den ausserhalb des gemietheten Hauses entstandenen Schulden des Miethmanns vorgezogen werden. Das Begräbniß gehöre gleichsam zu dem, was im Hause selbst noch aufgezehrt worden. Allein sämmtliche Gründe sind der berühmten Vertheidiger dieser Meinung nicht würdig, wie **Joh. Voet** [33]), und Herr Prof. **Dabelow** [34]) sehr gründlich gezeigt haben. Denn auch davon abge-

31) *L.* 10. *L.* 11. *et L.* 12. *D. verbor. fingificat.*

32) *L.* 9. *Cod. Qui potior. in pignore.*

33) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 9.

34) Ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. Cap. VIII. S. 184. ff.

abgesehen, daß die Worte: *omne creditum*, viel zu generell gefaßt sind, als daß sie eine solche Einschränkung erlaubten, dergleichen man dem Gesetz hat unterschieben wollen, auch der Grund des Privilegiums selbst derselben offenbar entgegen streitet [35]; so läßt sich noch aus andern Stellen klar erweisen, daß die Begräbnißkosten allen Schulden vorgehen sollen, sie mögen seyn, von welcher Art sie wollen. Nicht nur Pomponius sagt *L.* 22. 23. 24. *et* 26. *D. h. t.* die Leichenkosten sollen bezahlt werden non deductis legatis, *nec aere alieno deducto;* sondern auch Paulus bestätigt dieses ausdrücklich, wenn er *Lib. I. Sentent. receptar. Tit.* 21. §. 15. sagt: Quidquid in funus erogatur, *inter aes alienum* primo loco deducitur [36]). Man wende nicht ein, daß die angeführten Gesetze einen Concurs im Sinn des römischen Rechts voraussetzen, welcher nur unter Personalgläubigern Statt hatte, und die hypothekarischen gar nichts anging [37]). Denn es ist bekannt, daß nur die chirographarischen unprivilegirten Gläubiger die gerichtliche Immission in dasjenige Vermögen des Schuldners erhielten, welches absolut privilegirte Forderungen, zu denen die Leichenkosten gehörten, und hypothekarische Gläubiger übrig ließen [38]). Ganz entscheidend spricht aber für das Vorzugsrecht der Leichenkosten selbst vor hypothekarischen Forderungen die *L.* 14. §. 1. *D. h. t.* wo Ulpian sagt:

Si

35) *L.* 43. *in fin. D. h. t.*

36) In *Ant.* SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 266.

37) *L.* 10. *Cod. de rebus auctorit. iud. possid.*

38) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Th. Nr. LXXXII. §. 2. S. 492. ff.

Si colonus vel inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit, unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum POMPONIUS scribit: et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri.

Es ist hier mit keinem Worte gesagt, daß dieser Vorzug blos ausnahmsweise bei der hier genannten Forderung des hypothekarischen Gläubigers Statt haben solle. Es ist wenigstens nicht abzusehen, worin der besondere Grund dieser Ausnahme liegen solle. Es muß daher der nämliche Vorzug den Leichenkosten auch vor andern mit einer stillschweigenden oder ausdrücklichen Hypothek versehenen Forderungen eingeräumt werden, wie insonderheit auch noch daraus erhellet, wenn **Justinian** *L.* 22. §. 9. *Cod. de iure delib.* verodnet.

In Computatione autem patrimonii damus licentiam, *excipere et retinere*, *quidquid in funus expendit*, vel in testamenti insinuationem vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse. Si vero et ipse aliquas contra defunctum habeat actiones: non hae confundentur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: temporum tamen praerogativa inter creditores servanda.

Hierin stimmen auch die meisten sowohl ältern als neuern Rechtsgelehrten [39]) mit einander überein.

Noch

39) S. *Io. Iacob.* WISSENBACH Commentar. ad L. 3. Cod. h. t. pag. 210. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digestorum. h. t. §. 39. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. XXXIV. Th. 10. *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de actione funer. §. 16. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4038. Christ. Gottl.

Noch ist zu bemerken, daß das gedachte Vorzugsrecht nicht nur den Leichenkosten beygelegt ist, welche auf die Beerdigung des Schuldners selbst sind verwendet worden, sondern auch denjenigen, welche bey der Beerdigung solcher Personen aufgegangen sind, die der Schuldner beerdigen zu lassen verpflichtet war. Daher haben nach dem römischen Rechte auch die auf das Begräbniß der Frau oder der Kinder des Schuldners verwandte Kosten gleiches Vorrecht. Ulpian läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L. 17. pr. D. de reb. auct. iud. possid.* sagt: Quaesitum est, utrum ita demum privilegium habeat *funeraria*, si is, cuius bona veneunt, funeratus sit: an etiam, si proponas alium esse funeratum? et hoc iure utimur, *ut quicunque sit funeratus*, (id est, *sive is, cuius de bonis agitur, sive quid is debuit, quod reddere eum, si viveret, funeraria actione cogi oporteret*) *privilegio locus sit.* Es wird jedoch, wenn das mehrerwähnte Privilegium Statt haben soll, vorausgesetzt, daß der Kostenaufwand noch vor dem Ausbruch des Concurses gemacht worden sey [40]). Denn stirbt der Schuldner wäh-

 rend

Gottl. Gmelins Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 3. S. 78. ff. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. I. §. 465. pag. 283. u. a. m.

40) Nach der Praxis hat diese Einschränkung keinen Zweifel. Man sehe MEVIUS P. II. Decis. 222. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 55. LEYSER Medit. ad Pand. Vol. VII. Spec. CCCCLXXXIV. Corol. 1. pag. 508. Gmelins Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 3. S. 81. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4617. lit. B. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1236. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen u. Einreden 4. B. §. 1083. und Aug. Siegm. Kori System des Concurs-Prozesses Lib. II. Cap. 2. §. 8. S. 183.

rend des Concurses, so ist er entweder als ein Armer auf öffentliche Kosten, oder auf Kosten derjenigen zu begraben, welchen diese Verbindlichkeit nach den Gesetzen obliegt. Die Gläubiger sind nicht verbunden, den Schuldner aus dem ihnen abgetretenen Vermögen begraben zu lassen, da keine der oben angeführten Klagen hier anwendbar ist [41]). Wegen der Leichenkosten, welche auf die Beerdigung solcher Personen verwendet worden sind, die der Schuldner begraben zu lassen verbunden war, kann auch das mehrgedachte Privilegium nur dann Statt finden, wenn diese Personen noch vor dem Schuldner verstorben sind. Denn erfolgt deren Tod erst nach dem Ableben des Schuldners, so kann man mit keinem Rechte aus dessen Vermögen die Leichenkosten fordern, weil die Verbindlichkeit des Schuldners, jene Personen begraben zu lassen, auf blos persönlichen Verhältnissen beruhet, die mit seinem Tode aufhören [42]).

Das Privilegium der Leichenkosten steht übrigens, als ein privilegium causae, nicht nur demjenigen zu, welcher die Begräbnißkosten selbst aufgewandt hat, sondern auch dem Cessionar [43]), und ist mit jeder Klage verbunden, mit welcher

41) Anderer Meinung sind zwar Claproth in der Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse §. 391. und DABELOW in der ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Cap. 8. S. 186. sq. Allein wie kann nach Eröffnung des Concurses eine solche negotiorum gestio gedacht werden, worauf die actio funeraria gegründet ist? Man sehe auch *Christ. Lud.* CRELL Diss. de vasallo ad impensas in funus decessoris faciendas in subsidium obligato. *Viteb.* 1737. §. 4.

42) S. Gmelin a. a. O. S. 85. und DABELOW a. a. O. S. 187.

43) *L.* 68. *D. de Reg. iuris.* HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4038. N. III. besonders VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

cher die Bezahlung derselben gefordert werden kann, es sey die actio funeraria, oder familiae erciscundae, oder irgend eine andere wegen derselben zustehende Klage; es muß nur nicht eine solche Novation vorgegangen seyn, wodurch dieses Privilegium aufgehoben wird [44]). Hierher gehören die letztern Worte der oben angeführten *L. 17. pr. D. de reb. auct. iud. possid.* Parvique referre dicamus, qua actione hic sumtus repetatur, funeraria, an familiae erciscundae, an qua alia? dummodo sumtus funeris causa factus sit. *Quacunque igitur actione ob funeris sumtum utatur: etiam f u n e r a r i a m ei competere* [45]). Quare si in stipulatum funeris impensa deducta est: dicendum est, locum esse privilegio, *si modo quis non abiiciendi privilegii causa stipulatus est* [46]).

§. 773.

Fälle, wo die Klage auf Wiedererstattung vorgeschossener Begräbnißkosten ganz oder zum Theil wegfällt.

Soll jedoch die Klage auf Wiedererstattung der aufgewandten Begräbnißkosten Statt finden, so wird vorausgesetzt,

1) daß der Kläger die Auslagen nicht aus bloßer persönlicher Zuneigung gegen den Verstorbenen, und ohne die

44) S. Claproths Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse §. 391. S. 687.

45) Das heißt: privilegium funerariae actionis competere. So erklären das Wort *funeraria* mit Accursius *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 513. und *Pet.* VANDERANUS de privilegiis Creditor. Cap. 3. (in MEERMAN *Thes. iur. civ. et can.* Tom. II. pag. 686.)

46) Man sehe über diese Stelle VANDERANUS c. l. und DABELOW a. a. O. S. 186.

Absicht Ersatz zu fordern, gemacht habe. Jedoch wird dieses im Zweifel nicht vermuthet, sondern es kommt auf die persönlichen Verhältnisse und Verbindungen an, in welchen derjenige, der das Begräbniß übernommen hat, zu dem Verstorbenen stand, woraus desselben Absicht beurtheilt werden muß [47]). So vermuthet man z. B. von Kindern, daß sie aus Liebe ihre Eltern haben umsonst wollen beerdigen lassen, wenn sie nicht durch Protestation eine andere Absicht hierbey erklärt haben. Daher halten es die Gesetze für rathsam, daß derjenige, welcher eine Beerdigung übernimmt, vorher die Absicht, die er dabey hat, erkläre, welches jedoch keinesweges so zu verstehen ist, als ob diese Erklärung zur Begründung der Klage, als schlechterdings nothwendig, erfordert werde [48]). Man erwäge folgende Gesetzstelle.

L. 14. §. 7. *D. h. t.* Sed interdum is, qui sumtum in funus fecit, sumtum non recipit, *si pietatis gratia facit*, non hoc animo, quasi recepturus sumtum, quem fecit; et ita Imperator noster rescripsit. Igitur aestimandum erit arbitro, et perpendendum, quo animo sumtus factus sit: utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit, vel ipsius humanitatis [49]); an vero

47) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 56. et 57. und VOET Comm. h. t. §. 13.

48) Anderer Meinung ist zwar *Amad.* ECKOLT in compendiar. Pandectar. tractat. h. t. §. 2. Allein man sehe KUBRER Diss. de actione funeraria §. 8. und HOFACKER Tom. III. §. 4039.

49) Statt *humanitatis* will *Desid.* HERALDUS Observation. et Emendat. cap. 34. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1555.) lieber *hereditatis* lesen. Allein mit Recht verwirft *Corn.*

vero misericordiae, vel pietati tribuens, vel affectioni. Potest tamen distingui et misericordiae modus, ut in hoc fuerit misericors, vel pius, qui funeravit, ut eum sepeliret, ne insepultus iaceret, non etiam, ut suo sumtu fecerit: quod si iudici liqueat, non debet eum, qui convenitur, absolvere. *Quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat?* Oportebit [50])

Ee 4 igitur

Corn. van BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. IV. cap. 22. diese Meinung. SALMASIUS in Observat. ad Ius Attic. et Rom. Cap. 25. hält aber wenigstens eine Versetzung der Worte für nöthig, nämlich auf folgende Art: *utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit, an vero ipsius humanitatis, vel misericordiae, vel pietati, vel affectioni tribuens.* Daß die Redensart: *negotium gerere humanitatis* in dem Sinn ächtrömisch sey, wenn man eine Beerdigung, ohne Absicht, Ersatz der Kosten zu fordern, übernimmt, hat *Pet.* FABER Lib. II. Semestrium cap. 1. aus vielen Stellen der Alten erwiesen. Daß auch in diesem Sinn die Worte *misericordia* und *humanitas* mit einander verbunden werden, lehrt SENECA *de Benefic. Lib. V. c.* 20.

50) Verbum *Oportebit*, sagt KUBBER cit. loc. non praecisam hic et absolutam infert protestationis necessitatem, eo cum effectu coniunctam, ut, illa insuper habita, repetitioni locus non sit, sed hypotheticam saltem, ad controversiae ratione animi sumtus recuperandi alias metuendae, exclusionem relatam, ut sic idem hic significet, quod vocula *expedit*, aut *opportunum est;* prout in hoc sensu non uno saltem accipitur loco, vid. *L.* 52. *D. de legat.* 2. *L.* 8. §. 4. *D. de novi oper. nunciat.* STRAUCH in Lexico particular. iuris verb. *Oportet.* num. 5. Paucis: ICtus hoc loco funerantis commodo et utilitati consulere, viamque ad faciliorem sumtuum repetitionem mediante hac protestatione quodammodo sternere, non vero necessitate quadam ad illius inter positionem, sub iactura impensarum, eundem constringere voluit.

igitur testari quem, quo animo funerat; ne postea patiatur quaestionem.

Nur in dem Falle, da Kinder, oder andere, welche zur Erbschaft des Verstorbenen gerufen sind, und diese noch nicht wissen, ob sie die Erbschaft behalten oder annehmen sollen, ist ein ausdrücklicher Vorbehalt der Kostenerstattung nöthig, wenn sich solche Personen der Beerdigung des Erblassers unterziehen, und dabey ausdrücklich erklärt haben, daß sie dieses Geschäft blos aus Liebe zu dem Verstorbenen, nicht aber als Erben, übernommen hätten. Denn ohne jenen Vorbehalt würden sie sich der Gefahr aussetzen, daß ihnen die Vergütung der Kosten streitig gemacht werde, wie aus folgender Stelle zu ersehen ist.

L. 14. §. 8. *D. eodem.* Plerique filii, cum parentes suos funerant, vel alii, qui heredes fieri possunt, licet ex hoc ipso neque pro herede geritio, neque aditio praesumitur, tamen ne vel miscuisse se necessarii vel caeteri pro herede gessisse videantur, solent testari, pietatis gratia facere se sepulturam. Quid si supervacuo fuerit factum? ad illud se munire videntur, ne miscuisse se credantur: ad illud non, ut sumtum consequantur: quippe protestantur, pietatis gratia id se facere. *Plenius igitur eos testari oportet, ut et sumtum possint servare.*

Hat Jemand bey dem Aufwand der Beerdigungskosten nur zum Theil die Absicht zu schenken gehabt, so kann er nur zum Theil Ersatz derselben fordern.

L. 14. §. 9. *D. eod.* Fortassis quis possit dicere, interdum partem sumtus facti posse reciperari, ut quis

pro

pro parte quasi negotium gerens, pro parte pietatis gratia id faciat. Quod est verius. Partem igitur sumtus consequetur, quem non donandi animo fecit.

a) Die Beerdigung muß auf eine dem Stand und Vermögen des Verstorbenen angemessene Art besorgt worden seyn [51]). Der Aufwand darf daher weder übermäßig, noch auf eine so sparsame und kärgliche Art eingerichtet seyn, daß der Verstorbene dadurch beschimpft wird [52]). Mit Recht kann demnach der Richter die Klage verwerffen, wenn das Begräbniß auf eine durch unzeitige Sparsamkeit für den Verstorbenen schimpfliche Weise angestellt worden ist [53]). Ja es kann sogar den Umständen nach eine Injurienklage eintreten [54]). Auf der andern Seite aber kann auch derjenige, welcher ein unverhältnißmäßiges kostbares Begräbniß veranstaltet hat, nicht mehr zum Ersatz fordern, als er billig

51) *L.* 12. §. 5. *D. h. t.* Sumtus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti.

52) *L.* 14. §. 6. *D. h. t.* Haec actio, quae *funeraria* dicitur, ex aequo et bono oritur. *Aequum* autem accipitur ex dignitate eius, qui funeratus est, ex causa, ex tempore, et ex bona fide: ut neque plus imputetur sumtus nomine, quam factum est, neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est. Deberet enim haberi ratio facultatum eius, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur.

53) *L.* 14. §. 10. *D. h. t.* Iudicem, qui de ea aequitate cognoscit, interdum omnino non debere admittere modicum factum, si forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus sit: nam non debet huius rationem habere, cum contumeliam defuncto fecisse videatur, ita eum funerando.

54) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 70. VOET Comm. h. t. §. 13. KURRER cit. Diss. §. 45.

billig hätte aufwenden sollen, selbst dann nicht, wenn auch der Verstorbene eine solche Anordnung im Testament gemacht hätte [55]. Denn thörichte Verordnungen des Verstorbenen braucht der Erbe nicht zu erfüllen [56]. Um bey der Besorgung eines Begräbnisses weder in excessu noch in defectu zu fehlen, ist es daher rathsam, sich von der Obrigkeit einen Verhaltungsbefehl auszubitten.

Unter diesen Einschränkungen ist übrigens die Klage begründet, der Kläger mag das Leichenbegängniß selbst veranstaltet, oder auch nur das Geld zur Leiche dargeliehen haben; wenn es nur ausdrücklich zu diesem Zweck ist dargeliehen, und auch erweislich dahin verwendet worden ist [57].

55) *L.* 14. §. 6. *D. h. t.* Quid ergo, si ex voluntate testatoris impensum est? Sciendum est, nec voluntatem sequendam, si res egrediatur *iustam sumtus rationem*: pro modo autem facultatum sumtum fieri.

56) *L.* 113. §. 5. *D. de Legat. I. L.* 40. §. 2. *D. de auro argent. legat. L.* 27. *D. de condit. institut. L.* 5. *Cod. de his, quae ut indignis.* VOET Comm. h. t. §. 13. in fin. und *Chr. Gotth.* HÜBNER Diss. de minuendis funerum sumtibus. *Lipsiae* 1795.

57) *Arg. L.* 1. *D. in quib. caus. pign. L.* 24. §. 1. *D. de rebus auctor. iud. possid.* MEVIUS Tom. I. Part. II. Decis. 223. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4038. Nr. 2. Der Dritte, welcher auf die Ordre dessen, der die Beerdigung besorgte, Geld hergeliehen hat, kann von der Masse gleichfalls nur für das, was nöthig war, Vergütung fordern; doch steht ihm gegen den Mandanten unbedingt der Regreß offen. S. THIBAUT System des Pand. Rechts. 2. B. §. 980. S. 364. a. E. Anderer Meinung ist jedoch DABELOW vom Concurse der Gläubiger. Cap. 8. S. 191.

§. 774.

Was gehört zu den Leichenkosten?

Unter den Leichenkosten (*Funeris sumtus*) wird nach dem römischen Rechte alles dasjenige begriffen, was entweder unmittelbar zur Beerdigung des Verstorbenen aufgewendet worden, oder zwar nur bey Gelegenheit derselben, aber doch nothwendig aufgewandt werden mußte, um die Beerdigung auf eine für den Verstorbenen anständige Art zu bewerkstelligen [58]). Diese Bestimmung rechtfertiget sich aus folgenden Gesetzstellen.

L. 14. §. 3. *D. h. t.* Funeris causa sumtus factus videtur is demum, qui ideo fuit, ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit: utputa si quid impensum est in elationem mortui. Sed et si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferetur, funeris causa videri impensum, LABEO scribit: quia necessario locus paratur, in quo corpus conditur.

L. 14. § 4. *D. eodem.* Impensa peregre mortui, quae facta est, ut corpus perferretur, funeris est, licet nondum humo funeretur. Idemque et si quid ad corpus custodiendum, vel etiam commendandum [59]) factum

58) S. DABELOW a. a. O. S. 188. u. folg. VOET Comm. h. t. §. 14. *Iac.* VOORDA Comm. ad Legem. Falcid. Cap. VIII. §. 13. u. GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 19.

59) *Commendare* heißt hier soviel als deponere corpus, donec iustae sepulturae tradatur, die Leiche an einem Orte so lange aufbewahren, bis sie da abgeholt werden kann. S. CUJACIUS Observat. Lib. II. cap. 17. BRISSONIUS Antiquitat. selectar. Lib. III. cap. 7. und VOORDA cit. Commentar. Cap. 8. §. 13. pag.

ctum sit, vel si quid in marmor [60]), vel vestem collocandam [61]).

L. 37.

pag. 169. Die Leseart *Commundandum*, von *commundare*, reinigen, abwaschen, welche einige gebilliget haben, ist ganz irrig. S. *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. III. cap. 6. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. p. 200.) und *van* IDSINGA Varior. iuris civ. Cap. 20.

60) *Marmor* ist hier soviel, als arca marmorea, qua condebatur cadaver; ein Sarg von Marmor. S. VOORDA c. l.

61) Auch die Römer pflegten die Leichen anzukleiden, wie KIRCHMANN de funerib. Rom. Lib. I. cap. 10. erwiesen hat. Allein zweifelhaft ist es, was das *collocandam* bedeuten soll. VOORDA c. l. sagt: Vestes illae, quibus cadavera olim solebant indui, dicebantur *collocari*, quum indutae apte et concinne disponebantur. Er beruft sich auf OVIDII *Metamorphos. Lib. II.* vers. 734. und bemerkt dabey, daß zur Verfertigung der Sterbekleider die Libitinarii wären gedungen worden, wie aus VALERIUS MAXIMUS Lib. V. c. 2. erhelle. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 25. §. 1. glaubt, man müsse *collocandum* lesen. Denn *collocare* heiße hier nichts anders, als expendere oder erogare, wie dies Wort auch in andern Stellen gebraucht wird, als *L.* 7. §. 11. *D. de administr. et peric. tutor. L.* 43. §. 3. *D. de furtis.* *Io. Lud.* CONRADI Reprehensor. in Observation. super iure civ. diversor. libr. sing. pag. 56. verwirft diese Verbesserung, und erklärt die Worte *vestem collocandam* von einem nöthigen Todenkleide, zum Unterschiede vom überflüßigen Prunk. Man sehe auch desselben Opuscula e iure civ. Tom. II. pag. 9. Allein durch alle diese Erklärungen ist der wahre Sinn nicht getroffen worden. Dieser wird nur dann richtig dargestellt, wenn man statt collocandam vielmehr *collocatum* lieset, welches denn unstreitig soviel als *impensum*, oder *errogatum est*, heißt, wie *Io. Bernh.* KOEHLER Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 10. §. 2. pag. 110. gezeigt hat.

L. 37. *pr. D. eodem.* Funeris sumtus accipitur, quidquid corporis causa, veluti unguentorum, erogatum est: et pretium loci, in quo defunctus humatus est: et si qua vectigalia sunt, vel sarcophagi [62]), et vectura; et quidquid corporis causa, antequam sepeliatur, consumtum est, funeris impensam esse existimo.

§. 1. *L.* 37. *eod.* Monumentum autem sepulchri id esse, Divus *Hadrianus* rescripsit, quod monumenti

62) *Sarcophagus* ist eigentlich eine Art von Stein, welcher die Kraft hat, in kurzer Zeit das Fleisch von den Körpern zu verzehren. Er wird *lapis assius* oder *asius* genennt. PLINIUS in *Histor. natur.* Lib. XXXVI. Cap. 27. sagt: In Asso Troadis *sarcophagus lapis* fissili vena scinditur. Corpora defunctorum condita in eo, absumi constat intra XL diem, exceptis dentibus; und eben so ISIDORUS Origin. Lib. XVI. cap. 4. *Sarcophagus* dictus eo, quod corpora eorum condita in eo intra quadraginta dies absumerentur. Σαρξ enim graece caro dicitur, φάγειν comedere. Nascitur autem in *Troade*, fissilique vena scinditur. Von diesem Steine pflegten die Römer ihre Särge zu verfertigen. Daher wird das Wort *Sarcophagus* für die arca lapidea, in qua mortuus condebatur, genommen. Diese Bedeutung ist auch hier in der *L.* 37. *h. t.* zum Grunde zu legen, wie aus *L.* 7. *D. h. t.* erhellet. S. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXI. cap. 15. und *Io. van* NISPEN Diss. de sepulcro violato. Cap. IX. §. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iuridic. Belgicar.* Vol. II. Tom. III. pag. 43. sq.) In andern Stellen wird jedoch das Wort *Sarcophagus* auch für Sepulchrum gebraucht. *L.* 18. §. *ult. D. de aliment. legat.* NONIUS MARCELLUS Cap. I. §. 13. ISIDORUS Orig. Lib. XV. cap. 11. S. KIRCHMANN de funerib. Rom. Lib. III. cap. 10.

menti [63]), id est, causa muniendi eius loci factum sit, in quo corpus impositum sit. Itaque si amplum quid aedi-

63) Statt *monumenti* will *Io.* WUNDERLICH in libro sing. de usu inscriptionum Rom. vet. maxime sepulchral. Observat. I. §. 8. lieber *munimenti* lesen. Er glaubt, der ganze Context erfordere diese Verbesserung. Allein nimmt man diese Leseart an, so erscheinen die Worte: id est causa muniendi eius loci als überflüssig, indem dadurch idem per idem erklärt wird. Es scheinen vielmehr die Worte: *monumenti, id est,* ein Glossema zu seyn. Bey Haloander fehlen auch wirklich diese Worte. Denn der Sinn des Kaisers geht dahin, zu bestimmen, was man eigentlich *Munimentum sepulchri* nenne, um zu wissen, in welchem Falle man die Kosten zu den Begräbnißkosten rechnen, und von der Vicesima hereditatum abziehen könne, oder nicht. Das Letztere lehrt die Inscription. Denn die *L.* 37. ist aus MARCI *libro ad Legem vicesimariam hereditatum* genommen. Dieses Gesetz erlaubte zuvörderst alle Begräbnißkosten von der Erbschaft abzuziehen, ehe dem kaiserlichen Fiscus die Vicesima bezahlt wurde. Es sollte also in dieser Stelle nicht sowohl gezeigt werden, was *Sepulchrum*, als vielmehr was *Munimentum Sepulchri* sey. Er sagt also, Munimentum sepulchri sey nur dasjenige zu nennen, was aufgeführt werde, um die Grabstätte zu verwahren und einzuschließen. Es erhellet hieraus, daß die Leseart *monumentum* irrig, und dafür *Munimentum sepulchri*, zu lesen sey, wie auch Haloander und, nach Brenkmanns Bemerkung in dem Gebauerschen Corp. iuris, einige andere Handschriften haben, zu denen ich auch noch unsern Erlanger Pandecten Codex rechnen kann. LEONINUS Emendat. Lib. III. cap. 10. PACIUS in nota marginali Edit. suae ad h. L. GUTHERIUS de iure manium Lib. II. cap. 30. u. *van* RISPEN cit. Diss. Cap. V. §. 2. sind gleicher Meinung. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man erwägt, daß *Monomentum* nicht dasjenige heißt, quod muniendi loci causa sit, sondern quod memoriae servandae gratia existit, wie Ulpian sagt

aedificari testator iusserit, veluti in circuitum porticationes, eos sumtus funeris causa non esse.

Nach diesen Stellen ist also zu den Leichenkosten

1) alles dasjenige zu rechnen, was auf die Bekleidung, Erhaltung [64]) und das Bewachen des todten Körpers, nicht minder auf die äussere Bekleidung und Verzierung der Leiche aufgewendet worden ist.

2) Was für den Sarg und dessen Zubehörung, ingleichen für die Grabstätte, Zubereitung und Verwahrung derselben bezahlt worden ist.

3) Das, was für das Führen oder Tragen der Leiche ausgegeben worden. Hat die Leiche erst von einem andern Orte hergebracht werden müssen, so gehört zu den Leichenkosten nicht nur, was der Transport gekostet hat, sondern auch das, was etwa dafür entrichtet wurde, daß die Leiche an dem Orte, wo der Verstorbene verblichen war, so lange aufbewahrt wurde, bis sie abgeholt werden konnte; ingleichen die Abgaben, welche bey dem Transport an Ort und Stelle an Weggegeldern oder sonst entrichtet werden mußten [65]).

Weiter

sagt *L.* 2. §. 6. *D. h. t.* Man sehe auch *L.* 42. *D. h. t.* und FESTUS *de Verbor. Signif.* h. v. Nun gehörte in Ansehung der Vicesima hereditatum nur *munimentum sepulchri*, nicht aber *monumentum* zu den Begräbnißkosten. S. Bachs unpartheyische Critic über jurist. Schriften. 2. Band S. 133. ff.

64) Hierzu dienten die *Unguenta*, deren Macer *L.* 37. *pr. D. h. t.* Erwähnung thut. Man s. STRYK h. t. §. 60.

65) Die *L.* 37. *pr. h. t.* nennt ausdrücklich *Vectigalia.* Daß darunter ein Todtenzoll verstanden worden, welcher aber nachher

Weiter geht die Bestimmung des römischen Rechts nicht. Es können daher zu den privilegirten Leichenkosten die auf die Errichtung eines Denkmals oder Monuments verwandte Unkosten nicht gerechnet werden [66]). Sie giengen nicht einmal bey der Berechnung der Falcidie von der Erbmasse ab, weil man die Errichtung eines Monuments nicht für nöthig hielt [67]). Hatte auch der Erblasser solches befohlen, so sahe man doch die dazu bestimmte Summe als ein Legat an, das selbst der Falcidie unterworfen war [68]). Nach dem römischen Rechte können auch die Trauerkleider der

her *L. ult. C. h. t.* wieder aufgehoben worden sey, ist schon oben S. 408. Not. 73. bemerkt worden. *Corn. van* BYNKERSHOEK in Quaestion. iuris public. Lib. II. cap. 22. ist zwar anderer Meinung. Er glaubt der Zoll habe nicht von der Leiche, sondern von den Pferden, die die Leiche führten, oder von dem Schiff, worauf die Leiche transportirt wurde, gegeben werden müssen. Allein seine Meinung widerlegt eine Stelle des DIO CASSIUS Lib. LXII. init. Man sehe auch *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 4. pag. 240.

66) S. *Iac.* GUTHERIUS de iure manium. Lib. III. cap. 21.

67) Sabinus und Marcellus waren zwar verschiedener Meinung. Erster wollte das Monument von der Erbmasse abgerechnet haben, wenn die Errichtung desselben nöthig gewesen. Marcellus hingegen verwarf den Abzug für das Monument aus dem Grunde, weil solches nie nöthig sey. Der letzten Meynung scheint Paulus *L. 1. §. ult. D. ad. Leg. Falcid.* stillschweigend seinen Beyfall gegeben zu haben. Anderer Meinung ist jedoch VOORDA in Comm. ad Leg. Falcid. Cap. VIII. §. 13. pag. 170. sqq.

68) S. Westphals syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1221.

der Verwandten des Verstorbenen [69]) und die Kosten für das Trauermahl nicht zu den Leichenkosten gerechnet werden [70]), da selbst das römische Recht die Begräbnißkosten nicht ausgedehnt wissen will. Noch weniger aber läßt sich aus dem römischen Rechte erweisen, daß die Kosten der letzten Krankheit des Verstorbenen hierher gerechnet werden könnten, um mit der actione funeraria auf deren Ersatz zu klagen [71]).

Heutzutage kommt noch manches hinzu, was nach der heutigen Art, die Todten zu beerdigen, bey Leichenbegängnissen aufgewendet zu werden pflegt. Man hat hierbey vorzüglich auf die Sitten und Gebräuche des Orts zu sehen, wo die Leiche zur Erde bestattet wird, darnach muß beurtheilet werden, was bey einem Begräbniß Ehrenhalber, dem Stand des Verstorbenen gemäß, aufgewandt werden mußte.

69) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 68. KURRER Diss. de actione funerar. §. 38. und DABELOW vom Concurs der Gläub. S. 189.

70) S. Gottl. Aug. Jenichens histor. und rechtliche Abhandlung von Begräbniß-Mahlzeiten und den auf solche verwendeten Unkosten. Leipzig 1747. 4. §. 10. KURRER cit. Diss. §. 43.

71) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. Anderer Meinung sind zwar LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. Lib. XLII. Tit. 5. §. 29. H. LAMPE Diss. de privilegiis et iuribus singularibus medicorum. Sect. I. cap. II. §. 22. und andere mehr. Allein die Gesetze, worauf man sich beruft, nämlich *L. 4. C. de petit. heredit.* und *L. 3. Cod. de relig.* beweisen diese Meinung nicht, wie WALCH in Diss. de privilegio medicorum creditorum in concursu. *Ienae* 1774. und besonders DABELOW vom Concurse der Gläub. Cap. XXI. S. 597 — 599. sehr einleuchtend dargethan haben.

mußte. Zu den Leichenkosten gehören heutiges Tages z. B. auch die Leichengebühren der Geistlichen sowohl, als anderer kirchlichen und weltlichen bey der Beerdigung nöthigen Personen; ferner der Aufwand für das Läuten der Glocken, nicht weniger für Flöre, Handschuhe und Citronen, welche nach der heutigen Sitte die Träger bey Leichenbegängnissen erhalten. Zweifelhaft aber ist es, ob nicht heut zu Tage auch dasjenige als ein Gegenstand der actio funeraria zu betrachten sey, was zu Trauerkleidern der Verwandten oder der Bedienten des Verstorbenen, desgleichen was auf das Trauermahl verwendet worden ist. Viele [72]) tragen kein Bedenken, beydes zu bejahen. Allein eben so viele [73]) läugnen dieses schlechterdings. Es kommt hierbey alles auf die Trauerordnung und die Gewohnheit eines jeden Orts, und dann auf die Vermögensumstände des Verstorbenen an [74]). Der bisherige Gerichtsgebrauch hat indessen, fast überall dem Vorschuß für Trauerkleider und Trauer-

72) VOET Comm. ad. Pand. h. t. §. 14. CARPZOV P. I. Constit. 28. Definit. 41. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXIX. medit. 4. et Vol. VII. Specim. CCCCLXXXIV. *de* CRAMER Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1011. LAUTERBACH Colleg Pand. th. pr. h. t. §. 31. RICHTER de iure et privil. creditor. Cap. II. Membr. IV. §. 3. MÜLLER ad *Struv.* Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 88. not. *α.* u. a. m.

73) BRUNNEMANN Comm. ad L. 14. §. 6. D. h. t. et in Praelect. de processu concursus creditor. Cap. V. §. 14. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 68. KUBRER Diss. de actione funeraria. §. 38. et §. 43. Gmelin Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 3. S. 83. DABELOW a. a. O. S. 596. Kori System des Concurs-Prozesses Lib. II. Cap. II. §. 8. S. 184.

74) S. Jenichens Abh. von Begräbniß-Mahlzeiten §. 10.

Trauermahl das Vorrecht der Leichenkosten beygelegt [75]). Vermöge eines allgemeinen Gerichtsgebrauchs in Deutschland, der durch eine Menge besonderer Landesgesetze unterstützt wird, genießen denn auch die Kosten der letzten Krankheit des Schuldners das nämliche Vorrecht beym Concurs [76]).

Daß übrigens derjenige, welcher auf den Ersatz der aufgewandten Leichenkosten klagt, diese Kosten specificiren, und gehörig bescheinigen müsse, versteht sich. Eine solche specifique Nachweisung ist schon darum nöthig, damit erhelle, daß kein überflüssiger Aufwand gemacht worden sey [77]). Sind diese Kosten sehr mäßig, und dabey wahrscheinlich, so wird der Gläubiger, in Ermangelung eines andern Beweises, zur eidlichen Bestärkung gelassen [78]).

Hat Jemand zur Leichenbestattung Geld dargeliehen, und er fordert solches zurück, so muß er, wenn er auf das

75) BERLICH Conclus. Pract. P. I. Concl. LXIV. nr. 88—90. a PUFFENDORF Animadversion. iuris. Animadv. CVI. *Io. Guil.* HOFFMANN Selectar. quae ad usum fori spectant, Observation. Sylloge. Dissertat. I. Observat. 11. Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. Band. Erört. 36. S. 221. ff. und Claproths Einleitung in die sämmtl. summar. Prozesse §. 392.

76) Claproth a. a. O. §. 339. Gmelins Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 4. DABELOW vom. Conc. der Gläubiger Cap. XXI. S. 599. folgg. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4037. Nr. II.

77) S. BOETTICHER Diss. de sumtibus pietatis Cap. XVII. nr. 17.

78) BRUNNEMANN Process. concursus creditor. Cap. V. §. 14. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4037. nr. III.

Vorzugsrecht der Leichenkosten beym Concurs Anspruch machen will, nicht nur beweisen, daß er das Geld zur Leiche namentlich dargeliehen habe, sondern auch, daß es dazu wirklich verwendet worden sey. Kann das letztere nicht bewiesen werden, so wird der Gläubiger an den verwiesen, dem er das Geld gegeben hat [79]). Sonst aber wird dem Darleiher kein weiterer Beweis zugemuthet, wenn ihm nur sonst kein übermäßiger Aufwand zum Vorwurf gemacht werden kann [80]).

Noch entsteht die Frage, vor welchen Richter der Streit gehöre, welcher Begräbnißsachen zum Gegenstande hat. Man unterscheide. Der Streit betrifft entweder das Recht der Beerdigung selbst, oder den dabey gemachten Kostenaufwand. In ersten Falle erkennt das Consistorium; in den letztern aber der weltliche Richter [81]). Bey den Römern war in solchen Sachen ehemals auch die Jurisdiction der aedilium curulium begründet [82]).

79) Gmelins Ordnung der Gläubiger. Kap. 2. §. 3. S. 81.

80) MEVIUS P. II. Decis. 223.

81) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 34. Ist der Streit darüber, ob Jemand auf eine anständige Art zu begraben sey, oder nicht, so behaupten viele, daß die Entscheidung vor das weltliche Gericht gehöre. S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. LUDOVICI Doctr. Pand. h. t. §. ult. Allein andere behaupten, daß auch hier die Entscheidung dem geistlichen Richter zukomme. CARPZOV Iurispr. Consistor. Lib. II. Def. 378. nr. 6. und *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 12.

82) S. FÜTTMANNI Meletemat. iuris civ. Specim. I. Cap. 5.

Lib. XI. Tit. VIII.

De mortuo inferendo et sepulchro aedificando.

§. 775.

Rechtsmittel gegen den, welcher einer rechtmäßigen Beerdigung, oder Errichtung eines Begräbnisses Hindernisse in den Weg legt.

Wer von einem Andern widerrechtlich verhindert wird, einen Todten an einem Orte zu begraben, wo er dazu befugt ist, kann sich eines doppelten Rechtsmittels bedienen. Er kann entweder possessorisch mit dem *Interdicto de mortuo inferendo* klagen, und das Gesuch dahin richten, dem Imploraten bey Strafe anzubefehlen, daß er sich aller Stöhrung und Thätlichkeit enthalte, und den Imploranten ungehindert die Beerdigung des Verstorbenen an dem bestimmten Orte vornehmen lasse; oder er kann petitorisch mit der *actione in factum* auf das Interesse klagen, wenn er durch die Verhinderung des Beklagten genöthiget worden ist, nun den Todten an einem andern Orte zu begraben, als wo die Beysetzung desselben geschehen sollte. Dieses Interesse begreifft unter andern den Werth der gekauften Grabstätte, oder das Geld für einen dazu gepachteten Platz in sich. Von beyden Rechtsmitteln handeln folgende Stellen.

L. 8. §. 5. *D. de religios.* Ei, qui prohibitus est inferre in eum locum, quo ei ius inferendi esset, *in factum actio* competit, et *Interdictum:* etiam si non ipse prohibitus sit, sed procurator eius, quia intellectu aliquo ipse prohibitus videtur.

L. 9. *D. eodem.* Liberum est ei, qui prohibetur, mortuum ossave mortui inferre, aut statim *Interdicto* uti, quo prohibetur ei vis fieri: aut alio inferre, et postea *in factum agere;* per quam consequitur actor, quanti eius interfuerit, prohibitum non esse: in quam computationem cadit loci emti pretium, aut conducti merces; item sui loci pretium, quem quis, nisi coactus, religiosum facturus non esset.

Von der *actio in factum* bemerkt **Cajus** in derselben Stelle noch als etwas Besonderes, daß diese Klage nicht auf die Erben übergehe, übrigens aber in Ansehung der Partheyen selbst eine actio perpetua sey. Er sagt nämlich:

Unde miror, quare constare videatur, *neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem.* Nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur: certe perpetuo ea inter ipsos competit.

Die Sache an sich ist also ausser Zweifel, wie das Wort *constare* andeutet. Allein mit der Natur der Klage, welche doch bloß auf das Interesse geht, kann dieses **Cajus** nicht vereinigen. **Cujaz** [83]) weiß auch hiervon keinen hinreichenden Grund anzugeben. Eben so wenig **Gerhard Noodt** [84]). Sie berufen sich zu ihrer Entschuldigung auf

83) Observation. Lib. VIII. cap. 12.

84 Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. pag. 271.

auf Julians Anspruch *L.* 20. *D. de Legibus:* Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest, wovon sie hier ein neues Beyspiel gefunden zu haben glauben. **Anton Faber** [85]) hingegen sieht diese Klage als eine Art von Injurienklage an, weil es eine Beschimpfung des Verstorbenen, und zugleich eine Beleidigung des Erben sey, wenn man eine rechtmäßig unternommene Beerdigung zu verhindern sucht. Es bleibt ihm aber doch noch immer ein unerklärbares Räthsel, warum die Klage blos auf das Interesse geht. **Johann Voet** [86]) glaubt nun aber, dies alles nach seiner Ansicht erklären zu können. Daß die actio in factum als eine Art der Injurienklage anzusehen sey, leide nach *L. ult. Cod. de sepulchro violato* keinen Zweifel. Da nun Injurien- und diesen ähnliche Klagen nach §. 1. *I. de perpetuis et temporal. actionib.* nicht auf die Erben gehen, so dürfe es uns auch nicht wundern, wenn das Nämliche von der *actione in factum de mortuo inferendo* gelte. Daß die Klage auf das Interesse geht, schade nichts. Auch die actio sepulchri violati gehe nur auf das Interesse. Dieses werde aber nicht blos nach der Größe des Schadens, sondern auch nach der Größe der zugefügten Injurie bestimmt, wie **Ulpian** *L.* 3. §. 8. *D. de sepulcro violato* lehrt. In diese Idee stimmen die meisten [87]) ein. Nur **Coccejus** [88]) glaubt, daß das Gesetz ganz anders zu verstehen sey, als es von allen diesen Rechtsgelehr-

85) Rational. in Pandect. ad h. L. 9. Tom. II. pag. 574.

86) Commentar ad Pandect. h. t. §. 1.

87) S. *Iac* GUTHERIUS de iure Man. Lib. III. cap. 16. und *Corn. van* ECK Disputat. III. de hereditariis actionib. Th. 8.

88) Iur. civ. controv. Lib. XI. Tit. 6. Qu. 3. in fin.

gelehrten erklärt worden ist. Cajus, sagt er, wundere sich, wie es Rechtsgelehrten geben könne, welche den Satz, als eine ausgemachte Wahrheit aufstellen, daß die actio in factum de mortuo inferendo nicht auf die Erben gehe. Diese Meinung widerlege er dadurch, daß diese Klage eine actio rei persecutoria sey, und leite daraus die Folge ab, daß die Klage auch eine actio perpetua sey. Dies wäre ja falsch, wenn sie nicht auf die Erben gienge. Allein, wenn gleich auch schon **Brunnemann** [89]) und nach ihm **Böhmer** [90]) die L. 9. eben so erklärt haben, so kann ich doch dieser Meinung nicht beystimmen. Denn **Erstens** wird das Wort *constare*, welches Cajus gebraucht hat, von den römischen Rechtsgelehrten immer in dem Sinn genommen, daß dadurch dasjenige ausgedrückt werden soll, was allgemein bekannten Rechtens, und durch den Gerichtsgebrauch bestätiget war, wenn sie es auch gleich nach theoretischen Gründen nicht immer billigten [91]). Wie aber wird

89) Commentar. ad L. 9. D. de religios.

90) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. IV. §. 67. wo er sagt: *Neque enim verba ultima cit. L. 9. negative intelligi possunt, cum potius ICtus aperte Dissentientes refutet.*

91) S. *Guil. a* TEISTERBANT dict. BILDERDYK Observation. et Emendation. Lib. un. (*Brunovici* 1806. 8.) Cap. VII. pag. 67. sagt: Verbum *constare* eo sensu accipiendum esse, ut et id, *quod manifesto receptum sit*, licet vel strictissimi iuris analogiae adversetur, comprehendat, dubium nullum est. *Constare* enim de eo, quod facti est, dicitur. Sic ULP. *L.* 5. §. 1. *D. quibus ex caus. in poss. eat.* Hinc *constare* pro *manifestari* dicitur *L.* 1. *pr. D. de obsequiis a lib. et libert praest. L.* 1. §. *fin. D. de Quaest.* §. 18. *I. de except.* Alias pro *certum* vel *pro comperto esse.* LIB. *XXVII.* 44. Sic *de iure recepto*, quod tamen non probat, CAJUS *L.* 9. *D. de religios.*

wird es in dem Sinn gebraucht, um die Meinung dissentirender Rechtsgelehrten anzudeuten. Zweytens lehrt der ganze Zusammenhang, daß die Worte certe perpetuo ea *inter ipsos* competit, bloß auf die Partheyen selbst, nämlich auf den prohibentem und prohibitum, gehen. Drittens hat Lauterbach [92]) sehr gründlich bemerkt, daß eine Klage an sich eine actio perpetua seyn könne, und doch nicht auf die Erben übergehe, wie z. B. die actio furti. Cujaz nimmt auch noch ein Argument aus den Basiliken her, in deren Libro 59. die *L.* 9 auf folgende Art ins Kurze gefaßt seyn soll: *Haec actio neque heredi neque in heredem datur, et perpetua est.* Allein in der Fabrotischen Ausgabe steht die *L.* 9. nicht. Es ist also wohl an sich keinem weitern Zweifel unterworfen, daß die *actio in factum de mortuo inferendo* nach der *L.* 9. *cit.* nicht auf die Erben gehe, wie auch Joh. Ortw. Westenberg [93]) ganz richtig behauptet; und man kann sich die Verwunderung des Cajus ganz leicht erklären, weil doch immer zwischen dieser Klage und der eigentlichen Injurienklage, ein großer Unterschied ist, wenn auch, wie man allerdings zu glauben Grund hat, der römische Gerichtsgebrauch eine Aehnlichkeit zwischen beyden Klagen gefunden haben sollte, wie dies alles Ulrich Huber [94]) zur Ehre des Cajus vortreflich ausgeführt hat.

Um jedoch wieder auf das *Interdictum de mortuo inferendo* zu kommen, so hat solches Ulpian *L.* 1. *pr.* und §. 1.

92) Colleg. theor. pract. Pandectar. Lib. XI. Tit. VII. §. 20. et 21.

93) Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 56.

94) Eunomia Roman. (*Franequerae* 1700. 4.) Lib. XI. ad h. L. 9. de relig. pag. 457. sqq.

§. 1 — 4. *D. h. t.* auf folgende Art ausgedrückt und erläutert:

Praetor ait: *Quo quave illi mortuum inferre invito te ius est, quominus illi eo eave mortuum inferre, et ibi sepelire liceat, vim fieri veto.*

§. 1. Qui inferendi mortuum ius habet, non prohibetur [95]) inferre. *Prohiberi* autem *inferre* videtur, sive in locum inferre prohibeatur, sive itinere arceatur.

§. 2. Hoc *interdicto de mortuo inferendo* dominus proprietatis uti potest: quod etiam de loco puro competit.

§. 3. Item si mihi in fundum via debeatur, in quem fundum inferre volo, et via prohibear, *hoc interdicto* posse me experiri, placuit: quia inferre prohibeor, qui via uti prohibeor: idque erit probandum, et si alia servitus debeatur.

§. 4. Hoc *Interdictum* prohibitorium esse palam est.

Nach diesen Stellen hat also das *Interdictum de mortuo inferendo* Statt, wenn Jemand auch nur verhindert wird, eine Leiche über eines Andern Grundstück zu führen, auf welchem ihm vermöge einer Servitut dazu das Recht zukommt [96]).

Noch ein anderes Interdict, wovon in diesem Titel gehandelt wird, findet in dem Falle Statt, wenn Jemand un-

95) i. e. *non debet prohiberi.* S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. a. pag. 345.

96) Man sehe noch von diesem Interdict *Iac.* GUTHERIUS de iure Man. Lib. III. cap. 14.

unrechtmäßig die Errichtung eines Grabmals verhindert. Dies ist das *Interdictum de sepulcro aedificando*, wovon **Ulpian** *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* die Worte auf folgende Art aufgezeichnet hat:

Praetor ait: *Quo illi ius est invito te mortuum inferre, quo minus illi in eo loco sepulcrum sine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto.*

Wenn **Ulpian** §. 6. hinzufügt: Interdictum propterea propositum est, *quia religionis interest*, monumenta exstrui et exornari, so dachte wohl dieser Römische Jurist, als Heide, unstreitig an die Sacra Deorum Manium, welche bey den Grabmälern jährlich angestellt wurden, und welche man *Inferiae* zu nennen pflegte. Deswegen wurden bey den Gräbern der heidnischen Römer Altäre erbauet, und Monumente errichtet, in welchen man die zum Opfern nöthigen Geräthschaften aufbewahrte [97]). Es war daher Sache der Religion, die Errichtung der Monumente nicht zu verhindern [98]); und **Ulpian** sagt in dieser Hinsicht *L. eod.* §. 7.

97) Von diesem cultu Deorum manium oder Inferiis haben GUTHERIUS de iure Manium Lib. II. cap. 11. KIRCHMANN de Funerib. Romanor. Lib. IV. cap. 2. und WUNDERLICH de Usu inscription. veter. Rom. maxime sepulchral. Obs. 3. §. 11. ausführlich gehandelt.

98) BOEHMER in Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 4 §. 68. not. u. sagt daher ganz richtig: RELIGIO haec, (cuius sc. meminit *Ulpian.*) erat *ille cultus gentilium, quem diis manibus exhibebant*, quos etiam adorabant. SENECA *Epist.* 86. Hic cultus desiderabat aras et monumenta, quae tandem tot infinita templa produxere, quot fere heroum sepulchra Romae erant. Haec ratio erat,

§. 7. Facere ſepulchrum ſive monumentum in loco, in quo ei ius eſt, nemo prohibetur; i. e. nemo prohiberi debet. Es gieng auch dies nicht blos auf Errichtung eines neuen, ſondern auch auf die Reparatur oder Wiederherſtellung eines baufälligen Monuments; wie Ulpian §. 9. *eod.* ſagt: Aedificare autem non ſolum, qui novum opus molitur, intelligendus eſt, verum is quoque, qui vult reficere. Allein an dieſen heidniſchen Aberglauben konnte wohl Tribonian nicht mehr denken, welcher die Worte *religionis intereſt*, beybehielt. Die Beerdigung ſelbſt wird aber doch auch nach dem heutigen Kirchenrechte immer noch als eine religiöſe Handlung angeſehen, und da die Gräber nach dem katholiſchen Kirchenrecht benedicirt werden, ſo läßt ſich die Beybehaltung dieſer Worte auch wohl noch jetzt vollkommen vertheidigen. Da indeſſen das *Interdictum de ſepulcro aedificando* nur gegen den geht, welcher die Errichtung oder Ausbeſſerung eines Grabmals zu hindern ſucht, ſo ſcheint der Grund, welchen Kaiſer Gordian *L. 7. C. de religios.* anführt, nämlich: *cum iure ſuo eorum, quae minus prohibita ſunt, unicuique facultas libera non denegetur*, der Sache allerdings angemeſſener zu ſeyn. Das Geſuch wird übrigens darauf gerichtet, dem Imploraten bey Strafe anzubefehlen, daß er den Imploranten an der Errichtung oder Ausbeſſerung ſeiner Grabſtätte nicht hindere.

Der heutige Gebrauch dieſer Interdicte läßt ſich mit Grund nicht bezweifeln, und es kommen ſelbige beſonders bey

Erb.

erat, quod monumentorum exſtructio, tanquam res *pia* et *religioſa*, per interdicta celerrime expediri debuerit.

Erb- und Familienbegräbnissen zur Anwendung [99]). Kommt es auf ein gegenwärtiges Begräbniß an, wo die Sache keinen Aufschub leidet, so finden heutzutage auch Mandata sine clausula Statt [100]).

99) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. und *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1.

100) S. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 4. §. 66. und *de* COCCEJI c. l. Qu. 1. in fin.

Lib. XII. Tit. I.

De rebus creditis, si certum petatur, et de condictione.

§. 776.

Erklärung der Rubrik dieses Titels.

In dem dritten Theile der Pandecten, welcher mit dem 12. Buche angehet, wird hauptsächlich von den verschiedenen Contracten und den daraus entspringenden *Klagen* gehandelt. Der Anfang wird mit den benannten Realcontracten gemacht, jedoch so, daß sie in keiner Ordnung auf einander folgen, sondern immer dabey andere Lehren mit eingemischt werden. In diesem Titel wird unter der Aufschrift *de rebus creditis* hauptsächlich vom Darlehn gehandelt. Allein in dem Edicto perpetuo wurde, wie Ulpian selbst L. 1. *h. t.* bemerkt, unter dieser allgemeinen Rubrik nicht blos von *mutuo*, sondern auch von den übrigen Realcontracten gehandelt, in welchen wir uns auf die Treue eines Andern verlassen müssen, z. E. vom commodato und pignore. Es ist daher nöthig, den Sinn der Rubrik zuvörderst etwas genauer zu erklären.

Das Wort *credere*, welches hier gebraucht wird, heißt in der allgemeinen Bedeutung so viel, als alienam fidem sequi, also zu Jemandem das Zutrauen haben, er werde ge-

geneigt seyn, eine übernommene Verbindlichkeit zu erfüllen. In dieser Bedeutung wird daher auch das Wort *credere* von commodato, deposito und pignore gebraucht. Nam cuicunque rei adsentiamur, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, *credere* dicimur, sagt Ulpian *L.* 1. *cit. h. t.* Daher wird auch das Wort *res* von dem Prätor nicht blos von fungiblen Sachen gebraucht, welche den Gegenstand des Darlehns ausmachen, sondern es wird in dem Edict im generellen Sinn genommen, so daß es auch auf die übrigen Realcontracte paßt, von denen der Prätor unter der Aufschrift *de rebus creditis* gehandelt hat. Zu dem Ende fügt Ulpian seiner Erklärung von dem Wort *credere* noch hinzu: *Rei* quoque verbum, ut generale, Praetor elegit. Denn das Wort *res* hat eine ausgedehntere Bedeutung als *pecunia*, wie Paulus lehrt, wenn er *L.* 5. *D. de Verb. Signif.* sagt REI appellatio latior est, quam PECUNIAE, quae etiam ea, *quae extra computationem patrimonii nostri sunt*, continet: cum *pecuniae* significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt. In einer engern Bedeutung hingegen heißt *credere* soviel, als mutuo dare, darleihen, so wie es auch *L.* 1. *pr. L.* 3. §. *ult.* und *L.* 5. *D. ad SCtum Macedon. L.* 4. *pr. D. de reb. credit.* gebraucht wird. Ob nun gleich in diesem Titel der Pandecten hauptsächlich vom Darlehn, von den übrigen Realcontracten aber, nämlich dem commodato, deposito, und pignore, in andern besondern Titeln gehandelt wird; so muß dennoch bey Erklärung der Ueberschrift dieses Titels die generelle Bedeutung von dem Worte *credere* zum Grunde gelegt werden. Es erhellet dies unter andern vorzüglich aus *L.* 2. §. 3. *D. h. t.* wo Paulus sagt: *Creditum* ergo a *mutuo* dif-

differt, qua genus a specie: nam *creditum* consistit [1]) extra eas res, quas pondere, numero, mensura continentur: sicut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est.

Eben dies beweisen auch die Basiliken [2]), in welchen es gleich im Anfange dieses Titels heißt: Περὶ διαφόρων συναλλαγμάτων ὁ παρὼν διαλαμβανων τίτλος ἐπιγέγραπται, περὶ πραγμάτων χρεωςουμένων. καὶ τὸ πρᾶγμα γὰρ γενικὸν ἐςι, καὶ χρεωςούμενον λέγεται τὸ ἐξ οἱουδήποτε χρεωςούμενον συναλλάγματος. i. e. *Hic titulus, in quo de variis contractibus agitur, inscribitur de rebus creditis: est enim rei verbum generale, et creditum dicitur, quod ex quocunque contractu debetur.* Anton Contius [3]), Wilh. Barclajus [4]) und Emund Merillius [5]) haben daher nicht unrecht, wenn sie diesen Titel noch jetzt für einen generellen Titel halten, und die Worte *de rebus creditis* von allen den Contracten erklären, welche wir mit einem andern in dem Vertrauen schließen, er werde zu seiner Zeit das Empfangene entweder in Natur zurückgeben, oder in derselben Art und Güte wieder erstatten.

Die

1) Hier ist das Wort *etiam* zu verstehen, wie POTHIER in Pand. Iust. h. t. Nr. XIX. not. l. bemerkt. Haloander hat es auch eingeschaltet.

2) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 1. pag. 219.

3) Disputat. iuris civ. Lib. I. cap. 4.

4) Commentar. ad h. Tit. Pand. (in *Ev.* OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 806.)

5) Comm. ad h. Titul. bey OTTO c. l. pag. 655.

Die folgenden Worte: *Si certum petatur, et de condictione*, werden auf verschiedene Art erklärt. Gerhard Noodt [6]) hält sie für die Anfangsworte des prätorischen Edicts, welches er auf folgende Art restituirt: *Si certum petatur rerum creditarum nomine, condictionem dabo.* Mit ihm stimmt auch Barclajus [7]) überein, welcher den Sinn durch eine Versetzung der Worte auf folgende Art bestimmt: *et de condictione si certum petatur.* Es werde also hierdurch angezeigt, daß in diesem Titel auch von der condictione certi, quae competit ex omni causa et obligatione, ex qua certum petitur, wie es in der *L.* 9. heißt, jedoch insonderheit vom Darlehn, und der daraus entspringenden Klage gehandelt werde. Janus a Costa [8]) und Joh. Goddäus [9]) hingegen erklären die Worte: *Si certum petatur*, de mutuo; und die letztern Worte *et de condictione* verstehen sie de omni condictione, ex qua certum petitur sive ex mutuo, sive ex alia quacunque causa et obligatione. Diese Erklärung, welche auch Merillius [10]) annimmt, bestätigt besonders *L.* 9. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: *Certi condictio* competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo prae-

6) Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 275.

7) Cit loc. pag. 806.

8) Praelection. ad illustriores quosd. Titulos locaque selecta iuris civ. pag. 178.

9) Commentar. de rebus creditis, sive de mutuo. *Goslariae* 1618. 8. Prolegom. nr. 48. et 49. pag. 17.

10) Cit. loc. in *Thesaur. Ottonian.* Tom. III. pag. 655.

praesens sit obligatio. Es geschieht auch hin und wieder in den Gesetzen dieses Titels der verschiedenen Arten der Condictionen Erwähnung, als *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* der condictio ob iniustam causam, *L.* 9. §. 1. *D. eodem.* der condictio ex causa furtiva, und *L.* 22. *D. eodem.* der condictio triticaria.

§. 777.

Begriff vom Darlehn. Unterschied desselben vom *Creditum.*

Von den Realcontracten ist nun das Darlehn [11]), *Mutuum*, der erste, von welchem hier zu handeln ist. Es wird

11) Außer MERILLIUS, BARCLAIUS, GOEDDAEUS und *Ianus a* COSTA, welche bereits angeführt worden, sind noch folgende Schriften hier vorzüglich zu bemerken. *Iacobi* CUJACII Recitationes solemnes ad Tit. Pand. de rebus creditis; in *Eius Operib. postum.* Tomi IV. P. I. (*Paris.* 1658. f.) pag. 654. sqq. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Tractat. synopt. de mutuo, litterarum obligatione, et querela non numeratae pecuniae. *Tubingae* 1663. *Io. Pet. de* LUDEWIG Differentiae iuris Rom. et Germ. in mutuo. *Halae* 1715. 4. *Sac. Herm. ab* IDSINGA Disput. de mutuo et veteri litterarum obligatione, praes. *Abrah.* WIELING, *Franequerae* 1736. habita. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. Nr. 2.) *Theodor. Lambert.* PRINS Specim. iurid. de iis, quae sunt singularia in mutuo. *Lugduni Batavor.* 1785. 4. In den Pandectes françaices par RIFFÉ-CAUFRAY et DELAPORTE Tom. XIV. wird auch pag. 70. le Traité du Pret de consomption par M. POTHIER angeführt, den ich aber nicht kenne. Als practische Schriftsteller sind noch vorzüglich zu empfehlen *Io. Frid.* KOBE Commentatio iur. praes. german. de pecunia mutuaticia tuto collocanda. *Goettingae* 1761. 4. und Christ. Gottl. Gmelin von Aufsätzen über Verträge überhaupt, von Schuld- und Pfandverschreibungen insbesondere. Tübingen 1790. 8.

wird darunter derjenige Realcontract verstanden, wodurch das Eigenthum an einer bestimmten Art von Sachen, welche sich von andern ihrer Art nur durch ihre Quantität unterscheiden, auf den Andern unter der Bedingung übertragen wird, daß er dereinst das Empfangene in gleicher Qualität und Quantität wieder erstatten solle. Die Personen, welche den Contract schließen, sind der Darleiher, *mutuo dans* (nicht *mutuans*); und der Darlehnsempfänger oder Darlehnnehmer, *mutuans*, (nicht *mutuatarius*)[12]). Jener wird auch der Gläubiger, (*creditor*) dieser aber der Schuldner (*debitor*) genennt. In den Gesetzen wird das Darlehn auf folgende Art definirt. *Mutui datio*, sagt Justinian in *Princip. I. Quibus mod. re contrah. obligat.* in iis rebus consistit, quae pondere, numero, mensurave constant: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur[13]): unde etiam *mutuum* appellatum sit; quia

Gg 2 ita

12) Denn *mutuare* oder *mutuari* heißt im ächt lateinischen Sinn nicht ein Darlehn geben, sondern ein Darlehn empfangen. S. *Car. Ant.* DUCKER de Latinitate ICtor. veterum. pag. 344. not. 5. und Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 149.

13) Statt *quandoque* lesen zwar die Russardische, Charondaische und Gothofredischen Ausgaben *quoniam*. Allein daß quandoque gelesen werden müsse, haben *Ant.* AUGUSTINUS Lib. III. Emendation. c. 7. u. *Ios.* NERIUS Analector. Lib. I. c. 21. gezeigt. Diese Leseart findet man auch in der Ausgabe des Hugo a Porta, und des Baudoza Cestius.

In

ita a me tibi datur, *ut ex meo tuum fiat* [14]. Vergleicht man mit diesem Begriff den meinigen, so werden beyde in

In den meisten Ausgaben geht auch mit den Worten *et quandoque* eine neue Periode an, und fast alle lesen *reddantur*. Allein schon Russard hat in seiner Ausgabe der Institutionen (*Lugduni* 1560. f.) ad pr. I. Quib. mod. re contr. obl. not. v. pag. 598. bemerkt: hic ita esse interpungendum: *fiant*, et *quandoque — reddantur*; und diese Leseart und Interpunction kann ich durch eine seltene Ausgabe, welche *Venetiis per* BAPTISTAM DE TORTIS MCCCCLXXXXV. fol. erschienen ist, und die ich selbst besitze, bestärken, aus welcher ich die oben angeführte Stelle, so wie sie dort lautet, genommen habe. Eben diese Leseart billiget auch vorzüglich *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. ad *Caji* Institut. Lib. II. Tit. 9. §. 1. not. 17. und erweißt deren Richtigkeit noch besonders aus den Institutionen des Cajus, wo es heißt: *Quae omnia numerando, aut pensando, aut metiendo ad hoc damus, ut eorum fiant, qui ea accipiunt, et ad nos, statuto tempore, non ipsae res, sed aliae eius naturae, quales datae sunt, atque ipsius ponderis, numeri vel mensurae reddantur.*

14) Eben diese Etymologie findet man L. 2. §. 2. *D. h. t. Hug.* GROTIUS in Florum spars. ad ius Iustinian. cit. Tit. Instit. p. 63. giebt dieser Derivation vollen Beyfall. Andere hingegen leiten das Wort mutuum nach VARRO de Lingua Lat. Lib. IV. von *μοῖτον* her, z. B. OISELIUS ad Cajum Lib. II. Institut. Tit. 9. Not. 23. in SCHULTINGII Iurispr. Antej. pag. 149. und SALMASIUS de Usuris pag. 35. Es bemerkt jedoch GROTIUS a. a. O. daß auch das Wort *μοῖτον* aus *μοι* und *τεὸν* zusammengesetzt sey. Dem großen Cujaz hingegen gefällt keine von beyden Derivationen; sondern er will Observation. Lib. XI. cap. 37. das Wort *mutuum* lieber von mutare ableiten, weil im Darlehn eine Quantität gleichsam mit der andern vertauscht wird. Ihm stimmen VIGLIUS ZUICHEMUS in Praelect. ad L. 2. D. de reb. cred.

in den wesentlichen Bestimmungen wohl nicht unterschieden seyn. Cujaz [15]) sagt hingegen: *Mutuum* est creditum quantitatis, datae ea lege, ut eadem ipsa quantitas reddatur in genere non in specie eadem. Allein wenn gleich Paulus [16]) lehrt: das *Creditum* sey vom *mutuo* unterschieden, wie genus a specie; so hat doch schon Göddäus [17]) gegen diesen Begriff nicht ohne Grund erinnert, daß das *Creditum* ein gar zu entferntes genus sey. Denn *Creditum* heißt überhaupt quodcunque ex qualibet causa debetur, wie Cajus sagt *L.* 11. *D. de Verb. Sign* es rühre aus einem Contract oder aus einem andern rechtlichen Grunde her [18]). Es ist daher zwischen *Creditum* und *mutuum* ein vielfacher wichtiger Unterschied, auf den uns Paulus selbst *L.* 2. §. 3. *et* 4. *D. h. t.* aufmerksam macht. Nämlich

1) das Darlehn besteht blos in solchen Sachen, deren Werth durch Zahl, Maaß und Gewicht bestimmt wird,

 und

cred. nr. 84. TURNEBUS in Adversar. Lib. X. cap. 25. VOSSIUS in Etymologico v. *Mutuum* IDSINGA cit. Diss. Cap. III. §. 4. u. m. a. bey. Von allen weicht *Aegid.* MENAGIUS Amoenitat. Iuris civ. Cap. 39. ab. Er sucht sehr sinnreich beyde letztere Meynungen auf folgende Art zu vereinigen. Von den Substantiv *μοῖτον*, sagt er, welches soviel als *χάρις ἀμοιβός* heißt, kommt das Wort *μοιτᾶν*, und davon das Lateinische *mutare* her, wovon denn das Wort *mutuum* zu deriviren sey.

15) Cit. Recitat. ad L. 2. D. h. t. pag. 658.

16) *L.* 2. §. 3. *D. h. t.*

17) Commentar. de rebus creditis. Cap. I. nr. 13. pag. 43.

18) Ueber die Vieldeutigkeit des Worts *Creditum* vergleiche man LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 4.

und welche sich durch andere Sachen von der nämlichen Gattung, Güte und Quantität dergestalt ersetzen lassen, daß die eine die Stelle der andern vollkommen vertreten kann. Von dieser Art sind z. B. Geld, Getraide, Wein u. dgl. Andere Sachen können darum kein Gegenstand des Darlehns seyn, weil man dem Gläubiger nicht, statt des schuldigen Objects, etwas anders wider seinen Willen aufdringen kann. Hingegen ein *Creditum* kann in allen Arten von Sachen bestehen, sie mögen Quantitäten oder Species seyn. Hier kann also auch das gegebene Individuum zurückgefordert werden. Allein nie im Darlehn [19]. Paulus giebt diesen Unterschied *L.* 2. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* folgendermaßen an. *Mutui datio* consistit in his rebus, *quae pondere, numero, mensura consistunt:* quoniam eorum datione possumus in creditum ire [20]), *quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie* [21]).

Nam

19) *L.* 2. *pr. D. h. t.* Mutuum damus, recepturi non *eandem speciem*, quam dedimus, (alioquin commodatum erit, aut depositum) sed *idem genus*.

20) Die Worte *in creditum ire* sind hier in der engern Bedeutung zu nehmen für mutuum contrahere. S. *Franc.* DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 14. IDSINGA cit. Diss. Cap. III. §. 9. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Nr. XIX. not. b. Eine andere Erklärung macht *Desid.* HERALDUS Observation. et Emendation. Lib. cap. 15. (In *Ev.* OTTONIS *Thes iur. Rom.* Tom. II. pag. 1327. sq.)

21) Das heißt, deren Wiederbezahlung nicht durch das Individuum, welches der Schuldner zum Darlehn emfieng, sondern vielmehr durch andere Sachen von derselben Art und Güte geleistet wird. Die bey dieser Stelle von SALMASIUS, GOTHOFREDUS, BYNCKERSHOEK und IDSINGA versuchten Emendationen über-

Nam in caeteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest. — *Creditum* autem consistit etiam extra eas res, quae pondere, numero, mensura continentur: sicut, si eandem rem recepturi sumus, *creditum* est. Theophilus giebt in seiner griechischen Paraphrase[22]) noch einen andern Grund an, warum das Darlehn blos in fungiblen Sachen bestehen könne. Er sagt nämlich: ἕκαστος γὰρ δανείζεται ἐπὶ

übergehe ich mit Stillschweigen, da sie ganz unnöthig sind, und bey allen im Wesentlichen derselbe Sinn herauskommt. Ich beziehe mich vielmehr der Kürze wegen auf *Aug. Frid.* SCHOTT Prolusio, qua res, quae functionem recipiunt, definiuntur; in EIUS *Opuscul iurid.* pag. 212. sqq. und VINNII Commentar. ad princ. I. Quib. mod. re contrah. obligatio. nr. 3. et 4. Man sehe auch, was hiervon schon bey einer andern Gelegenheit, im 2. Bd. dieses Commentars §. 172. S. 154. f. Not. 52. gesagt worden ist. Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 765. Not. 1. glaubt, durch die Einschiebung der Partikul tam werde die Stelle ziemlich deutlich. Andere schalten potius oder magis ein. Daß *quam* öfters in den römischen Classikern für potius oder magis quam gebraucht wird, haben *Ant.* AUGUSTINUS Emendat. Lib. IV. cap. 8. KIRCHMAIER in Opuscul. de Latinitate Digestor. pag. 67. et pag. 74. und PRINS cit. Diss. Cap. I. §. 3. aus mehreren Beyspielen erwiesen, und *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. XXXV. §. 2. macht hierbey die Bemerkung, daß das *magis* hier nicht comparative, sondern *θετικῶς* für tantum zu erklären sey, wie es auch im §. 1. *I. Quib. mod. re contrah. obligat.* und *L. 1. D. Comm. divid.* gebraucht wird. Man sehe auch CUJACIUS Observat. Lib. II. cap. 39. und *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. VII. cap. 1. fol. 446. b. sq.

22) *Paraphr. Graec. Institut.* Lib. III. Tit. 14. Pr. Tom. II. p. 617. edit. *Reitz.*

ἐπὶ τῷ ταῦτα δαπανῆσαι εἰς οἰκείας χρείας, καὶ ἀντὶ αὐτῶν ἕτερα ἀποδοῦναι· εἰ δὲ αὐτὰ ἀναγκάζεται ἀποκαθιστᾷν, περιττὸν τὸ δανείζεσθαι. i. e. *Mutuo enim unusquisque accipit, ut id in usus suos impendat, et pro eo aliud reddat. Si vero idem cogitur restituere, supervacuum est mutuari.*

2) Das Darlehn erlangt erst durch die Uebergabe seine Existenz. Eine bloße Zusage ist nicht hinreichend. Denn es ist ein Realcontract. Allein ein *Creditum* kann auch durch ein bloßes Versprechen entstehen. Paulus sagt *L.* 2. §. 3. *D. h. t.* Item *mutuum* non potest esse, nisi proficiscatur pecunia [23]). *Creditum* autem interdum, etiamsi nihil proficiscatur, veluti si post nuptias [24]) dos promittatur.

Ein

23) i. e. nisi pecunia, seu res mutuaticia transferatur in accipientem. S. BARCLAIUS in Comm. ad h. L. 2. §. 3. D. h. t. (bey OTTO Tom. III. pag. 817.) *Ios. Casp.* KIRCHMAIER in Opuscul. de Latinitate Digestor. et Institution. (cum. praef. *Ge. Sam.* MADIHN *Halae* 1772. 8.) pag. 91. und *Christ. Henr.* ECKHARD in Hermeneut. iur. Lib. I. §. 101. zählen den Ausdruck *pecunia proficiscitur* unter die juristischen Eleganzien. In den *Basilicis* Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. pag. 220 heißt es: καὶ τὸ μὲν δάνειον ἔχει δόσιν, τὸ δὲ χρέος κἂν μηδὲ δοθῇ, συνίσταται. i. e. *et mutuum quidem dationem habet; creditum autem, etiamsi nihil detur, consistit.*

24) *sc. contractas*, non per divortium dissolutas. Die Worte *post nuptias* sind darum beygefügt, weil das vor Schließung der Ehe geschehene Versprechen eines Heyrathsguts anders nicht von Wirkung ist, als wenn die Ehe wirklich erfolgt. S. CUJACII Recitat. ad §. *Creditum* Legis 2. D. h. t. Tom. IV. *Oper.* pag. 666. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Nr. XIX. not. c.

Ein *Creditum* kann auch durch eine verborum obligatio contrahirt werden, aber kein *mutuum*, wie ebenfalls Paulus *L. cit.* §. 5. *eodem* noch bemerkt, wenn er sagt: Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.

3) Ein Darlehn kann nur derjenige geben, welcher Eigenthümer der Sache ist, oder es mit Einwilligung des Eigenthümers thut. Ein *Creditum* hingegen kann auch von einem Nichteigenthümer contrahirt werden, wenn er z. B. Jemandem eine fremde Sache leihet, verpfändet oder deponirt. Auch diesen Unterschied bemerkt Paulus, wenn er *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* sagt: In mutui datione oportet *dominum esse dantem*, nec obest, quod filiusfamilias et servus, dantes peculiares nummos, obligant: id enim tale est, quale, si voluntate mea tu des pecuniam; nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint.

4) Im Darlehn wird die Sache in der Absicht gegeben, daß der Empfänger Eigenthümer der dargeliehenen körperlichen Sache werden soll. Allein ein *Creditum* kann auch ohne diese Absicht contrahirt werden. Ein Mutuum hingegen ist ungültig, in welchem das Eigenthum nicht auf den Empfänger übertragen wird. Paulus sucht dieses sogar aus dem Namen *mutuum* abzuleiten, wenn er *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* sagt: Appellata est autem *mutui datio* ab eo, *quod de meo tuum fit*: et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio; und Cajus sagt eben dieses ganz deutlich *L.* 1. §. 1. *D. de obligat. et actionib.* wo es heißt: *Mutui datio* consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata: *quas res in hoc damus, ut fiant accipien-*

pientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis. Diesen Zeugnissen verdient noch die Stelle aus des **Theophilus** griechischen Paraphrase der Institutionen [25]) beygefügt zu werden, wo er sagt: Δάνειον δέ ἐςι, τὸ τὸν λαβόντα γενέσθαι δεσπότην, εἶναι δὲ ἡμῖν ἔνοχον οὐκ εἰς αὐτὰ ταῦτα, ἀλλ' εἰς ἕτερα τῆς αὐτῆς ὑποςάσεως καὶ ποσότητος. i. e. MUTUUM *autem est, ut accipiens fiat dominus, sed nobis obligatus sit non in eadem illa, sed in alia eiusdem substantiae et quantitatis re.* Endlich

5) im Darlehn ist der Schuldner verbunden, das Empfangene in der nämlichen Gattung, Güte und Quantität dereinst wieder zurückzuzahlen. **Paulus** sagt *L.* 3. *D. h. t.* In mutuo id agi intelligitur, *ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.* Es ist daher kein Darlehn, wenn ausgemacht worden, daß eine Sache von ganz anderer Art z. B. statt Korns, Wein wiedergegeben werden solle. Ein solches *Creditum* würde vielmehr ein contractus innominatus seyn [26]). **Paulus** hat dies ebenfalls in der oben gedachten Stelle bemerkt, wenn er *L.* 2. *pr. D. h. t.* sagt: Si *aliud genus*, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, *non erit mutuum.*

§. 778.

Gegenstand des Darlehns.

Um den Gegenstand des Darlehns zu bezeichnen, sagt man gewöhnlich, das Darlehn bestehe in solchen Sachen, die

25) *Paraphras. graec. Institut.* Lib. III. Tit. 14. Pr. Tom. II. pag. 616. der Reitz. Ausgabe.

26) *L. ult. D. de praescript. verb.* S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 12. nr. 7. und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 274.

die durch Maas, Zahl und Gewicht bestimmt werden [27]). Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß auch in den Gesetzen [28]) gesagt wird: *Mutui dationem* in iis rebus consistere, *quae pondere, numero, mensurave constant.* Allein man irrt, wenn man glaubt, daß hierin der wesentliche Charakter derjenigen Sachen bestehe, die den Gegenstand des Darlehns ausmachen. Denn sonst würde daraus folgen, daß auch Aecker, welche, wie **Paulus** [29]) sagt, durch Maas bestimmt, und darnach verkauft werden können, ein Object des Darlehns seyn könnten, welches doch offenbar ungereimt seyn würde. Es konnte auch gar nicht die Meinung der Gesetze seyn, nach solchen äußerlichen und zufälligen Umständen, dergleichen die Art ist, wie man Sachen in gemeinem Verkehr zu behandeln pflegt, den Begriff von einer Art Sachen zu bestimmen, der auf das Geschäft selbst, dessen Gegenstand sie ausmachen, einen so wichtigen Einfluß hat. Es erhellet vielmehr theils aus den in den angezeigten Gesetzstellen enthaltenen Beyspielen von Sachen, worin ein Darlehn gegeben werden kann, theils aus der nähern Bestimmung, welche **Paulus** *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* angiebt, res, *quae magis in suo genere functionem recipiunt per solutionem,* quam in specie, daß der wesentliche Charakter derjenigen Sachen, welche den Gegenstand des Darlehns ausmachen, darin besteht, daß sie durch andere Sachen von derselben Art

27) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1864. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 466. *Hufeland* Lehrbuch des Civilrechts §. 547.

28) *Pr. I. Quib. mod. re contrah. obligat. L.* 2. §. 1. *D. de reb. cred. L.* 1. §. 2. *D. de obligat. et act.*

29) *L.* 40. §. 2. *D. de contrah. emt.*

Art, Güte und Quantität ersetzt werden können und sollen, und daher so beschaffen sind, daß eine die Stelle der andern vollkommen vertreten kann, ohne daß daraus dem Gläubiger irgend ein Nachtheil erwächst. Man nennt diese Sachen fungible Sachen, weil die römischen Rechtsgelehrten den Ausdruck *fungi* oder *functionem recipere* gebrauchen [30]). Man kann sie im Deutschen mit Zachariä [31]) vertretbare Sachen nennen. Richtiger wird man also den Gegenstand des Darlehns bezeichnen, wenn man sagt: *Mutui datio* in iis rebus consistit, quae ita comparatae sunt, ut aliae aliarum vice fungantur, atque tantundem ex eodem genere nobis in relatione ad patrimonium nostrum idem sit [32]). Gewöhnlich besteht nun das Darlehn im Gelde, doch können auch verbrauchbare Naturalien, als Wein, Getraide, Brod, Butter, Holz, Leinwand, u. dgl. ja auch nicht verzehrbare Sachen, z. B. eine Quantität Schmelz, Corallen, oder Exemplare

30) Das Wort *fungi* heißt eigentlich soviel als vicem aliquam sustinere, oder locum subire s. implere, und wird sowohl von Personen als Sachen gebraucht. *Functionem recipere* ist eben das, was Paulus *L. 6. D. h. t.* durch *mutua vice fungi, et tantundem praestare* ausdrückt. Papinian sagt *permutationem recipere. L. 51. D. de legat. I.* S. *Iac.* GOTHOFREDI Diss. de functione et aequalitate in mutuo und BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *Functio* et *Fungi.*

31) Handbuch des französischen Civilrechts. 1. Band §. 217.

32) S. VINNIUS in Commentar. ad princ. Instit. Quibus mod. re contrah. obligat. nr. 2. et 3. SCHOTT Prolus. qua res, quae functionem recipiunt, definiuntur, in *Opusc.* pag. 212. sqq. und *Ge. Steph.* WIESAND Opuscula iurid. Specim. X. Obs. 2. pag. 127. sqq.

plare von abgedruckten Büchern [33]), kurz alle Sachen ein Gegenstand des Darlehns seyn, welche so beschaffen sind, daß es in der Regel völlig einerley ist, ob man gerade diese Species oder eine andere von derselben Gattung hat, und von denen also eine der andern vollkommen substituirt werden kann [34]). Solche Sachen sind nun zwar von der Art, daß sie im Handel und Wandel nach Zahl, Maaß, oder Gewicht veräussert zu werden pflegen; jedoch können sie auch als Species zu einem bestimmten Gebrauche gegeben werden, mit der Bedingung, daß dasselbe Individuum nach geendigtem Gebrauche wieder zurückgegeben werden soll [35]). Dann ist aber der Contract kein Darlehn, sondern ein Lehncontract, (Commodatum). z. E. Commodatum pecuniae [36]).

33) S. *Henr. Ge.* WITTICH System des heutigen Civilrechts. 1. Band §. 133. S. 337.

34) *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. I. §. 42. et P. II. §. 213. und THIBAUT System des Pandectenrechts 1. B. §. 261.

35) Daher erklären viele die L. 2. §. 1. D. h. t. so: quod res (in quibus mutui datio consistit) usum nobis praestant, tam in genere suo (sc. in mutuo) quam in suis speciebus. (e. g. in Commodato). S. *Ge. Sam.* MADIHN Institut. iuris civ. §. 127.

36) *L. 4. D. Commod.*

Zusätze und Verbesserungen.

S. 22. Not. 71. ist noch hinzuzufügen *Christ.* RAU Observationum iuris civilis Specimen. *Lipsiae* 1808. 4. wo Cap. I. ausführlich erwiesen ist, daß die Erbtheilungsklage an sich, d. i. insofern sie auf Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft gerichtet, und unter wirklichen Miterben angestellt wird, keiner Verjährung unterworfen seyn könne.

S. 51. Ueber die hier vorgetragenen Grundsätze verdienen auch vorzüglich Hagemanns practische Erörterungen aus allen

len Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 5. Band Nr. 52. verglichen zu werden.

S. 74. Z. 16. ist nach für wach zu lesen.

S. 110. lit. b. ist nach den Worten: unter andern Erben gemacht, Folgendes einzuschalten: Dann sind sie entweder 1) Notherben. Diese können nur in sofern Evictionsleistung fordern, als sie durch die erlitiene Entwährung in ihrem Pflichttheile verkürzt worden sind. Oder 2) es sind fremde Erben, welche ꝛc.

S. 238. Z. 4. Lese man statt Imploranten Imploraten.

— Z. 8. ist ebenfalls für Imploranten Imploraten

S. 321. Das SCtum Modestianum, dessen Ulpian *L.* I. §. 2. *D. de fugitivis* gedenkt, schreibt man gewöhnlich dem Consul Modestus zu, welcher mit dem Probus im Jahr der Erb. Roms 980. das Consulat verwaltet hat. S. CUJACIUS in Paratitl. ad Pand. Tit. ad Leg. Fabiam, *Abr.* WIELING in Iurisprud. restit. pag. 352. und RELANDUS in Fast. Consul. pag. 161. Allein Ulpian schrieb seine *Libros ad Edictum*, aus dessen Lib. I. die *L.* I. *cit.* genommen ist, unter Caracalla, der schon im Jahre 969. war ermordet worden. Es ist also unstreitig älter, und wahrscheinlich schon vor den Zeiten des Antoninus Pius gemacht worden, wie BREUNING in Prolus. de SCto Modestiano gezeigt hat.

S. 339. Z. 9. muß statt Beleidung, Beleidigung gelesen werden.

S. 341. Z. 1. Keinem für keinen.

— — Not. 65. Fehlt *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER.

S. 379. Not. 66. Hier ist noch zu bemerken, daß *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. et observat. variis ad Pandect. Lib. XI. §. 5. die florentinische Leseart *liberetur*, statt *laederetur*, in der *L.* 5. *pr. D. Si mensor fals. mod. dix.* welcher letztern ich den Vorzug gegeben habe, zu vertheidigen sucht.

S. 453. Z. 18. muß für Das vielmehr Daß gesetzt werden.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich <<
von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 11,2

Erlangen (1809)

J.rom.c. 407 b-11,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11129700-7
VD18 90261593